This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

3 2044 103 207 361

1.10

Bd. April 1935

HARVARD LAW LIBRARY

Received AUG 2 2 1934

Die

Grenzscheidungsklage

nach römischem und gemeinem Recht

sowie nach den

Entwürfen eines Bürgerlichen Gesetzbuches

für das Deutsche Reich.

Von

Dr. jur. W. Rönnberg,

Amtsrichter in Lübz.

Sonderabdruck aus dem Archiv für Bürgerliches Recht.

Berlin.

Carl Heymanns Verlag.

1896.

Verlags-Archiv 2598.

Carl Heymanns Verlag, Berlin W.
Rechts- und Staatswissenschaftlicher Verlag.

Einführung in das Studium
des
Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich.

Ein kurz gefaßtes Lehrbuch.

Erster Theil — Zweiter Theil
bearbeitet von

Dr. F. Endemann,
ord. Professor der Rechte in Halle.

Dr. C. Gareis,
Geheimer Justizrath
ord. Professor der Rechte in Königsberg.

Zweite unveränderte Auflage.

Preis je M. 8, postfrei M. 8,20,
beide Theile in einen Band gebunden M. 7, postfrei M. 7,30.

Das
Bürgerliche Gesetzbuch und der Deutsche Reichstag.

Von
Dr. Otto Gierke,
Geheimem Justizrath und Professor der Rechte.

Zweite unveränderte Auflage.

Preis M. 0,80, bei postfreier Zusendung M. 0,90.

Die Lehre von den Testamentsvollstreckern
und der
Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Eine Studie zum neuen deutschen Reichsrecht und ein Beitrag zur Lehre für Theorie und Praxis
von
Dr. A. Sturm,
Königl. Notar und Rechtsanwalt in Naumburg a. S.

Preis M. 0,60, bei postfreier Zusendung M. 0,65.

Die

Grenzscheidungsklage

nach römischem und gemeinem Recht

sowie nach den

Entwürfen eines Bürgerlichen Gesetzbuches

für das Deutsche Reich.

Von

Dr. jur. W. Rönnberg,
Amtsrichter in Lübz.

Sonderabdruck aus dem Archiv für Bürgerliches Recht.

Berlin.
Carl Heymanns Verlag.
1896.

123
9.6.3
ROE

Carl Heymanns Verlag, Berlin W.

Rechts- und Staatswissenschaftlicher Verlag.

Einführung in das Studium

des

Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich.

Ein kurz gefaßtes Lehrbuch.

Erster Theil — Zweiter Theil

bearbeitet von

Dr. F. Endemann,
ord. Professor der Rechte in Halle.

Dr. C. Gareis,
Geheimer Justizrath
ord. Professor der Rechte in Königsberg.

Zweite unveränderte Auflage.

Preis je M. 8, postfrei M. 8,20,
beide Theile in einen Band gebunden M. 7, postfrei M. 7,30.

Das

Bürgerliche Gesetzbuch und der Deutsche Reichstag.

Von

Dr. Otto Gierke,
Geheimem Justizrath und Professor der Rechte.

Zweite unveränderte Auflage.

Preis M. 0,80, bei postfreier Zusendung M. 0,90.

Die Lehre von den Testamentsvollstreckern

und der

Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Eine Studie zum neuen deutschen Reichsrecht und ein Beitrag zur Lehre für Theorie und Praxis

von

Dr. A. Sturm,
Königl. Notar und Rechtsanwalt in Naumburg a. S.

Preis M. 0,60, bei postfreier Zusendung M. 0,65.

Die

Grenzscheidungsklage

nach römischem und gemeinem Recht

sowie nach den

Entwürfen eines Bürgerlichen Gesetzbuches

für das Deutsche Reich.

Von

Dr. jur. W. Rönnberg,
Amtsrichter in Lübz.

Sonderabdruck aus dem Archiv für Bürgerliches Recht.

Berlin.
Carl Heymanns Verlag.
1896.

Gesch. 916.3 ROE

Inhaltsverzeichniß.

Seite

§ 1. Einleitung 1

Erster Abschnitt.

Das römische Recht.

§ 2. Natur und Gegenstand der actio finium regundorum 3
§ 3. Fortsetzung 8
§ 4. Controversia de fine und de loco 15
§ 5. Der Ausschluß der usucapio intra quinque pedes 22
§ 6. Unzulässigkeit der Berufung auf Ersitzung im Grenzstreit 30
§ 7. Fortsetzung. Die Verjährung der actio finium regundorum . . . 38
§ 8. Controversia de loco und rei vindicatio 43
§ 9. Die adjudicatio des Richters im Grenzstreit 48
§ 10. Eigenthümlichkeiten der actio finium regundorum als Folge ihres Wesens und im Gegensatze zur rei vindicatio 54

Zweiter Abschnitt.

Das gemeine Recht.

§ 11. Controversia de fine und de loco im gemeinen Recht. Die Grenzfeststellungsklage 61
§ 12. Einzelne Voraussetzungen und Erfordernisse der Grenzfeststellungsklage 65
§ 13. Der Klageantrag. Duplizität der actio finium regundorum . . . 68
§ 14. Fortsetzung. Duplizität der Klage. Erforderniß eines Antrags des Beklagten 74
§ 15. Das cap. 3 X. de prob. 2, 19 77
§ 16. Rückblick 79

Dritter Abschnitt.

Die Entwürfe eines bürgerlichen Gesetzbuchs.

§ 17. Die Klage auf Mitwirkung zur Abmarkung und der Streit um den Lauf der Grenze 82
§ 18. Die Aktiv- und Passivlegitimation 89
§ 19. Die Besonderheiten „im Falle einer Grenzverwirrung" 90
§ 20. Die Unverjährbarkeit des Abmarkungsanspruchs und der Eigenthumsklage 94

Litteratur.

v. Amsberg. Mecklenburgische Verordnungen zur Ausführung der Reichsjustizgesetze.

Becker. Die Aktionen des römischen Privatrechts.

Buchka und Budde. Entscheidungen des Oberappellationsgerichts zu Rostock.

Dernburg. Pandekten.

Eck. Die doppelseitigen Klagen des römischen und gemeinen Rechts.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Gaupp. Kommentar zur Reichszivilprozeßordnung.

Otto Gierke. Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs.

Hesse. Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn. Bd. II.

Hoffmann. Wesen der actio finium regundorum im Archiv f. d. zivil. Praxis Bd. XXXI Nr. 16 S. 493 ff.

„ Wann tritt eine adjudicatio bei der actio finium regundorum ein? Ebendaselbst Bd. XXXV Nr. 10 S. 350 ff.

Karlowa. Geschichte der actio finium regundorum in seinen Beiträgen zur Geschichte des römischen Zivilprozesses S. 141 ff.

Lachmann. Gromatici veteres in den Schriften der römischen Feldmesser von Blume, Lachmann und Rudorff. Bd. I.

Lenel. Das edictum perpetuum.

Opitz. Gutachten über den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich.

Puchta. Ueber die actio finium regundorum in der Zeitschrift für Recht und Gesetzgebung in Kurhessen. Heft 2.

Rudorff. Ueber die Grenzscheidungsklage in der Zeitschrift für geschichtl. Rechtswissenschaft Bd. X S. 343 ff.

„ Gromatische Institutionen in den Schriften der römischen Feldmesser. Bd. II.

Seuffert. Archiv für Entscheidungen.

„ Kommentar zur Reichszivilprozeßordnung.

Sternberg. Ueber die actio finium regundorum in der Zeitschrift für Zivilrecht und Prozeß. Bd. XVII S. 426 ff.

Strippelmann. Sammlung bemerkenswerther Entscheidungen des OAG.'s zu Cassel. Bd. VII.

Walter. Corpus juris Germanici.

Max Weber. Die römische Agrargeschichte in ihrer Bedeutung für das Staats- und Privatrecht. 1891.

Wiederhold. Bemerkungen über die actio finium regundorum in der Zeitschrift für Zivilrecht und Prozeß. Bd. XIII S. 35 ff.

Windscheid. Pandekten.

§ 1.

Einleitung.

Wenn hier und da die Rechtsauffassung sich Geltung zu verschaffen versucht hat, die actio finium regundorum des römischen Rechtes sei durch Gewohnheitsrecht und Praxis außer Anwendung gekommen[1]) — eine Ansicht, die weder von der Theorie noch von der Gerichtspraxis jemals gebilligt worden ist —, so bedarf es zu ihrer Widerlegung nur des Hinweises auf die in Seuffert's Archiv abgedruckten in Grenzstreitigkeiten ergangenen Entscheidungen höchster Gerichte, welche sämmtlich auf dem Boden des römischen Rechts stehen oder doch zu stehen vermeinen und die fortdauernde Geltung des Instituts der a°. fin. reg. anerkennen. Die dort entwickelten Grundsätze sind indeß ebenso wie in der Theorie besonders rücksichtlich des Wesens und der Voraussetzungen dieser Klage so verschieden, daß von einer sog. herrschenden Ansicht nur in beschränktem Umfange die Rede sein kann. Legen jene Entscheidungen und die theoretischen Abhandlungen über unsere Materie Zeugniß ab von der Verwirrung, welche in der Lehre von der Grenzverwirrung herrscht, so erklärt es sich andererseits wieder aus ihr, daß uns nur eine verhältnißmäßig geringe Anzahl höchstrichterlicher Entscheidungen[2]) über diesen Gegenstand mitgetheilt ist. Auffällig ist es aber, daß sich, soviel ich sehe, weder in der von den Mitgliedern des Reichsgerichts und der Reichsanwaltschaft herausgegebenen Sammlung

[1]) S. z. B. Seuffert's Archiv XIV 136.

[2]) In Seuffert's Archiv z. B. finden sich nur cc. 20 Entscheidungen abgedruckt, in der Sammlung von B. u. B. nur 3.

von Entscheidungen, noch seit dem Jahre 1878 in Seuffert's Archiv,[3]) noch in der mecklenburgischen Zeitschrift für Rechtspflege und Rechtswissenschaft auch nur eine einzige die gemeinrechtliche a°. fin. reg. behandelnde Entscheidung findet. Daß dies Zufall sei, wird Niemand behaupten wollen, wie es andererseits ebenso unbegründet sein würde, die a°. fin. reg. jetzt als durch Gewohnheitsrecht beseitigt anzusehen; denn daß auch neuestens noch die Geltung dieses Rechtsinstitutes im Gebiete des gemeinen Rechts von der Praxis anerkannt wird, läßt sich mit Bestimmtheit nachweisen, so daß es eines Eingehens auf die weitere Frage, ob überhaupt und bezw. unter welchen Voraussetzungen die gewohnheitsrechtliche Beseitigung des ganzen Rechtsinstitutes — nicht blos einzelner dahingehöriger Rechtssätze — denkbar erscheint, nicht bedarf. Nur das aber steht fest, daß in neuerer Zeit Grenzstreitigkeiten in noch erheblich geringerem Maße zur richterlichen und besonders höchstinstanzlichen Entscheidung gebracht werden als früher. Daß diese Thatsache mit der Veränderung unseres Prozeßrechts in unmittelbarem Zusammenhang steht, ist äußerlich erkennbar und innerlich begründet. Tiefer als in manche andere Materie hat die Reichszivilprozeßordnung in die Lehre von der a°. fin. reg. eingegriffen; sie hat sie in ihren Grundfesten erschüttert, die Unsicherheit, die früher bereits herrschte, noch vergrößert und den Fortbestand des Rechtsinstituts in seiner praktisch wichtigsten Gestalt vielleicht in Frage gestellt, was um so einschneidender ist, als m. E. die Möglichkeit einer persönlichen Grenzfeststellungsklage im Gegensatz zu der ihr in mancher Beziehung verwandten dinglichen Eigenthumsklage ein dringendes Bedürfniß ist. Dies haben die drei Entwürfe eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich, welche in den §§ 851—853 bezw. §§ 832, 833 und 837 bezw. §§ 903, 904 und 908 unsere Materie behandeln, nicht in ausreichendem Maße anerkannt.

Bevor wir jedoch auf eine Beurtheilung des jetzigen Rechtszustandes und eine Kritik des geplanten Reichsrechtes eingehen, müssen wir das Wesen der a°. fin. reg., wie sie uns aus dem römischen Recht überkommen ist, ihre Voraussetzungen und ihr Verhältniß zur rei vindicatio erkannt haben.

---

[3]) Die letzte Entscheidung ist, wenn ich nicht irre, in Bd. XXXIV unter Nr. 184 abgedruckt.

Erster Abschnitt.

Das römische Recht.

§ 2.

Natur und Gegenstand der actio finium regundorum.

In D. 10. 1. 1. sagt Paulus von der Grenzscheidungsklage: finium regundorum actio in personam est, licet pro vindicatione rei est.

Der Ausspruch hat zu den verschiedensten Schlußfolgerungen geführt. Fest steht jedenfalls nach ihm, daß die a°. fin. reg. keine dingliche, sondern eine persönliche Klage ist, was auch nach

> I. 4. 6. 20. Quaedam actiones mixtam causam optinere videntur, tam in rem quam in personam. qualis est familiae erciscundae a°. . . . . item finium regundorum, quae inter eos agitur, qui confines agros habent. in quibus tribus judiciis permittitur judici rem alicui ex litigatoribus ex bono et aequo adjudicari etc.

nicht zweifelhaft sein kann, indem hier das übrigens nur scheinbar dingliche Element der Erbtheilungs-, Gemeinschafts- und Grenzscheidungsklage lediglich in der Adjudikationsbefugniß des Richters gefunden wird.

Worin liegt nun der Grund und worin der Gegenstand der Obligation, deren Ausdruck die a°. fin. reg. ist? Die beiden Fragen, die wiederum die verschiedenste Beantwortung gefunden haben, hängen so eng mit einander zusammen, daß sich keine derselben ohne gleichzeitige Erledigung der anderen entscheiden läßt.

Gegen die herrschende Ansicht trat zuerst Wiederhold[4]) auf und führte aus, daß die formelle Abgrenzung benachbarter Grundstücke, das fines regere, Gegenstand der Klage sei. Er hat indeß nur Gegner gefunden. Alle nachfolgenden Schriftsteller, die sich mit jener Frage befassen, insbesondere Sternberg[5]), Hoffmann[6]), Strippelmann[7]) und Hesse[8]) wenden sich gegen ihn und verfechten im wesent-

[4]) Bemerkungen über die a°. fin. reg. in der Zeitschrift für Civ.R. und Pr. XIII S. 40 ff.

[5]) Ueber die a°. fin. reg. in derselben Zeitschrift XVII S. 435 ff.

[6]) Wesen der a°. fin. reg. im Archiv für civ. Pr. XXXI S. 502 ff. Derselbe: Wann tritt eine Adjudicatio bei der a°. fin. reg. ein? Ebendort XXXV S. 350 ff.

[7]) Sammlung bemerkenswerther Entscheidungen des OAG.'s zu Cassel Bd. VII S. 6 ff.

[8]) Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn. Bd. II S. 158 ff.

lichen den früheren Standpunkt, daß die Entwirrung verworrenen Eigenthums, die Auffindung der richtigen Grenzlinie Gegenstand der Klage sei, eine Auffassung, von der auch Rudorff in seiner Abhandlung über die Grenzscheidungsklage[9]) und in den gromatischen Institutionen[10]) ausgeht, und die auch Karlowa in seiner Geschichte der a°. fin. reg.[11]) stillschweigend billigt.

Die Gegner Wiederhold's haben sich übrigens seiner Ansicht nicht ganz verschließen können. So muß z. B. Hoffmann[12]) zugestehen: „Das letzte Ziel der a°. fin. reg. ist die äußere Regulirung der Grenze, das Ziel der rei vindicatio Herausgabe resp. Räumung des Besitzes eines angeblich dem Kläger gehörigen, aber nicht in seinem, sondern des Beklagten Besitze befindlichen Objekts. Das ist der erste und durchgreifendste Unterschied zwischen beiden Klagen ...." Das erste Ziel und der wesentliche Zweck der a°. fin. reg. ist ihm aber doch die Ermittelung des Eigenthums, die Hebung der aus der äußeren Ungewißheit entstandenen inneren Ungewißheit.[13])

Worin besteht dann aber die Obligation des Gegners, auf Grund deren die Klage sich als eine persönliche qualifizirt? Vergeblich sucht man nach einer Antwort auf diese Frage, zu der uns doch die l. 1. D. fin. reg. 10. 1 nöthigt; denn eine dingliche Klage anzunehmen, ist nach jener Stelle völlig ausgeschlossen. An eine solche denkt aber auch Hoffmann nicht, indem er mehrfach den Gegensatz zur rei vindicatio und als unterscheidendes Merkmal insbesondre hervorhebt, daß letztere bedingt sei, „durch die bestimmte Wissenschaft oder doch bestimmte Behauptung des eignen angeblichen Rechts und seines Umfanges", — ein Gegensatz, der wenig präzise erscheint, wenn man erwägt, daß Hoffmann die ebenfalls auf Ausmittelung des Eigenthums gerichtete a°. fin. reg. nicht nur bei Ungewißheit, sondern auch bei Uneinigkeit beider Theile über den Grenzpunkt zulässig erachtet.

Bei dem von Hoffmann und Andern angenommenen Zweck der Klage könnte man übrigens vielleicht geneigt sein, die a°. fin. reg.

---

[9]) Zeitschrift für gesch. Rechtswissenschaft X S. 343 ff.
[10]) Schriften der römischen Feldmesser Bd. II S. 433 ff.
[11]) Beiträge zur Geschichte des römischen Zivilprozesses S. 141 ff.
[12]) a. a. O. XXXV S. 351.
[13]) a. a. O. XXXI S. 502.

als eine actio praejudicialis anzusehen. Dem steht indeß außer Anderm für das rein römische Recht die Möglichkeit der Kondemnation entgegen.

Sternberg[14]) fühlt sehr wohl die Nothwendigkeit, die a°. fin. reg. auf einer Obligation zu begründen, und findet diese in der persönlichen Verpflichtung — des Gegners, wie ich annehme — zur Ermittlung des Umfangs einer Sache. Ob nun aber der Verpflichtete zur Ermittlung des Umfangs seines eignen Grundstücks oder gar des Grundstücks seines Nachbars verbunden ist, darüber läßt Sternberg uns leider in Zweifel. Wir können diese Frage indeß dahingestellt sein lassen, denn weder die eine noch die andere Verpflichtung ist irgendwie im Recht oder in der Natur der Sache begründet.

Wenn Sternberg uns den Gegenstand der Obligation angab, so hätte er sachgemäß auch über die causa derselben Aufschluß geben sollen; denn unwillkürlich drängt sich doch die Frage auf: woraus resultirt jene vermeintliche Verpflichtung? Schweigt er aber auch, so gehen wir doch wohl nicht fehl, wenn wir aus dem ganzen Zusammenhang seiner Darstellung entnehmen, daß er die „Verpflichtung zur Ermittelung des Umfangs einer Sache" auf eine Gemeinschaft zurückführt, auf jene angeblich durch eine Grenzverwirrung, „durch[15]) das Aneinanderliegen der Grundstücke" herbeigeführte Gemeinschaft, auf die man sich meistens zur Begründung des persönlichen Charakters, der Voraussetzungen und der Eigenthümlichkeiten der a°. fin. reg. berufen hat. Auf diesem Wege ist man denn dazu gelangt, die a°. fin. reg. geradezu als eine Theilungsklage zu bezeichnen.[16])

Man kann zu dieser Auffassung allerdings leicht durch die äußere Thatsache verleitet werden, daß die Quellen meist die Grenzscheidungsklage mit der Erbtheilungs- und Gemeinschaftsklage zusammenstellen. Die Veranlassung hierzu liegt aber lediglich darin, daß eine Eigenthümlichkeit, die Möglichkeit der Adjudikation nebst ihren prozessualischen Konsequenzen, den drei Klagen gemeinsam ist, keineswegs aber darin, daß alle drei Klagen etwa auf einer Gemeinschaft beruhen; am wenigsten aber zeugt, wie ich demnächst darzulegen versuchen werde, die Möglich-

[14]) a. a. O. S. 434.

[15]) Strippelmann a. a. O. S. 6, wo sich nähere Nachweisungen finden.

[16]) Z. B. Rudorff in der Zeitschrift für gesch. Rechtswissenschaft X S. 367.

keit der Adjudikation von einer zwischen den Grenznachbarn bestehenden Kommunion.

Für eine solche nun gar auf §§ 27 und 28 I. de rerum divisione 2. 1 sich zu berufen,[17]) wie es thatsächlich beliebt worden ist, erscheint fast naiv. Wollte man aber wirklich versuchen, die Grundsätze der Kommixtion — an die der confusio wird man, ohne den Vorwurf der Konfusion auf sich zu laden, im Ernst nicht denken wollen — analog anzuwenden, so würde l. 28 cit. der Annahme der Kommunion bei der Grenzverwirrung direkt widersprechen, indem dort eine solche nur bei vertragsmäßiger Vermengung statuirt wird, während mangels Willensübereinstimmung nur eine thatsächliche Gemeinschaft vorliegt, die als communio mit den rechtlichen Wirkungen derselben also nicht gelten kann.

Weit weniger nun als bei wirklicher Vermengung fester Körper kann bei einer Grenzverwirrung von einer rechtlichen Gemeinschaft die Rede sein, die allein einen Anspruch auf Entwirrung erzeugen könnte. Ja nicht einmal eine thatsächliche Gemeinschaft braucht vorzuliegen, es sei denn, daß man sie darin finden wollte, daß beide Nachbarn einunddasselbe Stück Landes in Anspruch nehmen. Dann läge ja aber auch bei jedem Eigenthumsstreit Gemeinschaft vor, und andererseits widerspräche dies ja gerade der Gemeinschaft, indem eben Jeder das Mitrecht des Andern am streitigen Stück in Abrede nimmt, während die beiden Theilungsklagen doch gerade voraussetzen, daß mindestens von Seiten des Klägers Gemeinschaft behauptet wird. Ist hiernach bei der sog. Grenzirrung kein Objekt der Gemeinschaft vorhanden, so gilt das noch vielmehr bei der sog. Grenzverwirrung im engeren Sinn, falls also keine der Parteien, was schwerlich vorkommen wird, eine bestimmte Grenze zu behaupten vermag, man müßte denn hier schon die beiden Grundstücke selbst als in Gemeinschaft befindlich betrachten!

Läge indeß wirklich eine Kommunion vor, so wäre es doch unerklärlich, weshalb zwecks Aufhebung derselben nicht die a°. communi dividundo ausreichend wäre, welche Miteigenthümer — und an ein anderes Mitrecht der benachbarten Grundstückseigenthümer als an Mit-

[17]) Dagegen auch Wiederhold a. a. O. S. 41.

eigenthum wäre nicht zu denken — gegen einander haben. Es ist uns überdies nirgends in den Quellen bezeugt, daß die a°. fin. reg. und die a°. comm. div. konkurrirende Klagen seien, oder daß es im einzelnen Falle zweifelhaft sein könnte, ob die eine oder die andere Klage anzustellen wäre; wohl dagegen heben die Quellen mehrfach ausdrücklich hervor, daß Miteigenthümer gegeneinander nicht mit der a°. fin. reg. vorgehen können.

> D. 10. 1. 4. 6. Et pro indiviso qui communem fundum habent, inter se non condemnantur; neque enim inter ipsos accipi videtur judicium.

Daß, was hier von den Miteigenthümern eines fundus gesagt ist, auch für die Miteigenthümer eines etwa zwischen deren zwei Grundstücken befindlichen gemeinschaftlichen locus, also auch für das angeblich gemeinschaftliche Grenzstreitterrain, gelten würde, bedarf wohl keiner weiteren Begründung. Auf eine Gemeinschaft kann hiernach die mit der a°. fin. reg. bezielte angebliche Verpflichtung zur Ermittlung des Umfangs des Grundstücks, zur Entwirrung verworrenen Eigenthums oder zur Theilung der streitigen Grundfläche nicht zurückgeführt werden.

Ebensowenig kann sie aus einem [18]) Quasikontrakt hergeleitet werden; denn die quasikontraktlichen Obligationen setzen regelmäßig ein Handeln auf der einen oder andern Seite voraus, von dem das Entstehen der a°. fin. reg. dagegen nicht abhängig ist. Zwar wird in

> I. 3. 27 §§ 3 und 4. Item si inter aliquos communis sit res sine societate, veluti quod etc. . . .: non intellegitur proprie ex contractu obligatus esse, quippe nihil inter se contraxerunt: sed quia non ex maleficio tenetur, quasi ex contractu teneri videtur. Idem juris est de eo, qui coheredi suo familiae erciscundae judicio ex his causis obligatus est.

die Verpflichtung der Miteigenthümer und Miterben gegen einander zur Herausgabe des Antheils der von Einem allein perzipirten Früchte oder zur Erstattung der von Einem gemachten Impensen auf einen Quasikontrakt zurückgeführt; hier kann man aber auch in der That von einem voraufgegangenen Handeln der Quasiobligirten reden, nämlich der Perzeption der gemeinschaftlichen Früchte und der Auf-

[18]) So Hesse a. a. O. S. 160.

wendung von Geld für die gemeinschaftliche Sache. Abgesehen hiervon ist es die Rechtsgemeinschaft, auf Grund deren das kontraktähnliche Verhältniß zu Stande kommt, die aber nach den früheren Ausführungen zwischen den bei der a°. fin. reg. Betheiligten eben nicht besteht. Von besonderer Bedeutung ist schließlich der Umstand, daß in der oben angeführten Stelle neben der a°. comm. div. und der a°. fam. ercisc. die a°. fin. reg. nicht aufgeführt ist, die sonst mit den beiden ersteren stets zusammen genannt wird, wenn es sich um gemeinsame Eigenthümlichkeiten der drei Klagen handelt. Darin liegt ein nicht zu unterschätzendes Argument gegen das Quasikontraktverhältniß und die Kommunion zugleich.

Hesse[19]) findet den Grund der quasikontraktlichen Obligation, deren Gegenstand ihm die Wahrung der Grenze ist, im Nachbarrecht. Was er unter Wahrung der Grenze versteht, ist nicht recht verständlich. Ist die Klage etwa auch begründet, wenn der Nachbar die Grenze zu seinen eignen Ungunsten nicht wahrt? Und wozu bedarf es einer persönlichen Klage, wenn er über die Grenze hinüberpflügt? Um den habgierigen Nachbar zurückzudrängen, reichen die Eigenthums- oder Besitzklagen völlig aus, mit denen auch die oben gedachten Zwecke der Entwirrung verworrenen Eigenthums und dergleichen erreicht werden können. Einer Berufung auf das Nachbarrecht bedarf es da nicht, und übrigens fehlt es an jedem nachbarrechtlichen Grundsatz, aus welchem eine persönliche Verpflichtung des einen Nachbars, bei der Ermittlung des Eigenthumsumfangs des dem andern Nachbar gehörigen Grundstücks mitzuwirken, hergeleitet werden könnte. Ist weiter die Entwirrung verworrenen Eigenthums, die Auseinandersetzung mit dem Nachbar mittels rei vindicatio oder a°. negatoria erreichbar, so bedurfte es nicht noch der Aufstellung einer persönlichen Verpflichtung und einer persönlichen Klage, am allerwenigsten für das älteste römische Recht, dem die a°. fin. reg. entstammt, mit seinem wenig ausgebildeten Klagensystem.

§ 3.
Fortsetzung.

Der Gegenstand der Obligation, deren Erfüllung die a°. fin. reg. bezielte, muß also ein anderer gewesen sein, als die Klarstellung der

[19]) a. a. O. S. 160.

Eigenthumsverhältnisse. Der Name der Klage selbst läßt ihn deutlich erkennen. Wie die a°. familiae erciscundae, die a°. communi dividundo, die a°. de liberis agnoscendis und viele andere Klagen mit der Gerundivform deutlich auf ihren Gegenstand hinweisen, so bezeichnet auch die a°. fin. reg. das fines regere als den sicherlich in der intentio[20]) zum Ausdruck gebrachten Inhalt der ihr zu Grunde liegenden Obligation. Unter dem fines regere kann nur, wie ich mit Wiederhold[21]) annehme, schon grammatisch[22]) nichts Anderes verstanden werden, als das Aufrichten der Grenzzeichen.[23]) Dementsprechend ist denn auch von der Klage und ihrer Bezeichnung in Isid. Orig. V. 25 gesagt:

> Finium regundorum actio dicta ex eo, quod per eam regantur fines, ne dissipentur,

und bei Paulus Sent. I. 16:

> ut fines terrae per terminos regantur, ne dissipentur, ut ab utrisque quinque pedum loco vacuo teneantur.

Hesse meint zwar, fines regere bedeute vielmehr das „Auffinden und Bestimmen der Grenzlinie", es ist ihm aber nicht gelungen, für die Richtigkeit dieser von der gewöhnlichen Bedeutung des Wortes regere ganz abweichenden Bezeichnung maßgebende Anhaltspunkte zu finden. Jedenfalls kann sein Versuch, dafür auf Cicero de legibus I. 18:

> Quintus. Quamnam igitur sententiam dicimus?
>
> Marcus. Requiri placere terminos, quos Socrates pepigerit iisque parere.

sich zu berufen, als ein glücklicher nicht angesehen werden, um so mehr als es wohl mindestens äußerst mißlich ist, die grammatische Bedeutung eines Wortes aus einem offensichtlichen Wortspiel herzuleiten. Ebensowenig sind seine weiteren Einwendungen, z. B. die Bezugnahme auf

---

[20]) Von ganz anderen Gesichtspunkten natürlich geht Lenel, edictum perpetuum S. 166, anlehnend an die herrschende Ansicht bei Zusammenstellung der formula der a°. fin. reg. aus. Die von ihm gegebene Fassung kann deshalb hier nicht gebilligt werden.

[21]) a. a. S. 43.

[22]) Regi fines dicuntur, quotiens unusquisque ager propriis finibus terminatur. Boeth. ad Cic. Top. c. 10.

[23]) Aehnlich Hoffmann a. a. O. Bd. 31 S. 496.

die von einer controversia und einem adversarius redenden Stellen, irgendwie ſtichhaltig, da auch bei der hier angenommenen Bedeutung von fines regere das Vorliegen eines Streites keineswegs ausgeſchloſſen iſt. Doch davon ſpäter.

Mit der von Heſſe angenommenen Bedeutung des fines regere ſind die beiden oben angeführten Ausſprüche ſchwerlich vereinbar, in denen das ne dissipentur wiederum als Zweck des fines oder terminos regere hingeſtellt wird; denn durch die bloße Auffindung der Grenzlinie wird natürlich dieſer Zweck nicht erreicht, ſondern nur durch die äußere Bemerkmalung derſelben.

Sie iſt Gegenſtand der Obligation, und daß ſie es iſt, erſcheint ganz natürlich. Jeder Grundbeſitzer hat ein unleugbares Intereſſe an dem Vorhandenſein einer äußerlich erkennbaren, feſten Grenze ſeines Beſitzthums. Die Verrückung derſelben, die Grenzüberſchreitung, iſt ein dem Diebſtahl gleichzuachtendes Delikt, ja ſie iſt zum Theil noch ſtrafwürdiger, weil ſie auch bei größter Vorſicht vom Nachbar unbemerkt bewerkſtelligt und oft ſchwer bewieſen werden kann. Daher erklären ſich die theilweiſe exorbitanten Strafen, welche auf die Grenzverrückung geſetzt waren, und die frühere öffentliche Antheilnahme der Gemeinden in Deutſchland an der Feſtſetzung und Wahrung der Grenzen.[24])

Wie an einer Urkunde, in welcher beide Kontrahenten ſich gegenſeitig Rechte zugeſtanden und Verpflichtungen auferlegt, ſo haben auch an dem Beſtande der Grenze die beiden Grundſtücksnachbarn ein gleiches gemeinſchaftliches Intereſſe. Deshalb kann denn auch der Nachbar nicht einſeitig eine Grenzlinie ziehen, die vom Rechte als ſolche anerkannt würde, ja nach einzelnen Rechtsordnungen darf er es nicht einmal und iſt die einſeitige Grenzaufrichtung ſogar mit Strafe bedroht.[25])

Entſpricht es deshalb der Natur der Sache, daß der eine Nachbar dem andern zur Theilnahme an der Grenzziehung perſönlich verpflichtet iſt, — um wieviel mehr mußte alſo im römiſchen Recht eine perſönliche Verpflichtung dazu ſtatuirt ſein, wo es ſich nicht um eine Grenzlinie ſondern um einen Grenzſtreifen handelt, der zu beiden

---

[24]) Vgl. darüber Strippelmann a. a. O. S. 1 ff. u. Heſſe a. a. O. S. 154.
[25]) Vgl. Heſſe a. a. O. S. 155.

Seiten markirt werden mußte, so daß die eine Grenzlinie auf dem Grundstück des einen Nachbars, die andere auf dem Besitzthum des Anliegers lief! Es war daher, auch wenn ein Streit über den Grenzzug nicht bestand, für einen Besitzer allein garnicht möglich, die Grenzlinien ordnungsmäßig zu markiren. Eine dingliche Klage konnte hier selbstverständlich nicht zum Ziele führen, eine a°. personalis war das einzig denkbare Mittel, jenen Zweck zu erreichen.

Alten Rechtes war es, daß die Besitzungen zweier Nachbarn durch einen fünffüßigen Grenzsaum, der als iter (ad) culturas accedentium und circumactus aratri,[26]) als Flurweg und Anwende benutzt wurde, geschieden waren. Dieser fünffüßige Landstreifen wird von den Juristen und Agrimensoren durchweg finis genannt. Rudorff[27]) bestreitet nun zwar, daß der Finis ein fester sichtbarer Grenzrain gewesen sei. Karlowa[28]) scheint mir indeß diese Ansicht gründlich widerlegt zu haben, der gegenüber ich auch noch auf die Worte

ut ab utrisque quinque pedum loco vacuo teneantur

bei Paulus Sent. I. 16 verweisen möchte.

Nicht ohne Grund heißt deshalb unsere Klage a°. finium regundorum, da sie die Aufrichtung nicht einer, sondern zweier Grenzlinien bezweckt, wie es mit dürren Worten ja auch bei Isid. Orig. V. 25

finium regundorum actio dicta ex eo, quod per eam regantur fines utrique ne dissipentur

ausgesprochen ist.

In dem nachbarrechtlichen und theilweise auch wohl öffentlichrechtlichen Gebot der Innehaltung des fünffüßigen Grenzsaums sehe ich die persönliche Verpflichtung, die den Inhalt der a°. fin. reg. ausmacht, begründet.

Die Quellen stehen der hier vertretenen Auffassung von dem Gegenstand der unserer Klage zu Grunde liegenden Obligation keineswegs entgegen. Insbesondere nicht, wie Sternberg[29]) meint, die l. 4 § 2 D. h. t.:

Post litem autem contestatam etiam fructus venient in hoc judicio: nam et culpa et dolus exinde praestantur:

---

[26]) Vgl. z. B. Hygin, de gen. controv. 126, 5—6.

[27]) Zeitschrift S. 361 ff. und Schriften der Feldmesser S. 436 f.

[28]) a. a. O. S. 147 f.

[29]) Zeitschrift für Civ. und Pr. XVII S. 435.

sed ante judicium percepti non omnimodo hoc in judicium venient. aut enim bona fide percepit, et lucrari eum oportet, si eos consumpsit, aut mala fide, et condici oportet.

Wäre die a°. fin. reg. eine Klage zur Feststellung des Grenzlaufs, zur Ermittelung der Eigenthumsverhältnisse und dergl., so könnte sie schwerlich die persönliche Verpflichtung zur Herausgabe von Früchten seit der Litiskontestation in sich schließen. Auch die Analogie der rei vindicatio trifft nicht zu; denn die Grundsätze über Herausgabe von Früchten sind hier ganz anders normirt. Nur die Nichterfüllung einer persönlichen Verpflichtung kann die Verurtheilung zur Herausgabe rechtfertigen, und als solche nicht erfüllte Verpflichtung kann wiederum nur die zur Mitwirkung bei der Abmarkung in Betracht kommen.

Dasselbe gilt von dem voraufgehenden § 1 der l. 4. der von der Berücksichtigung des Interesses handelt:

In judicio finium regundorum etiam ejus ratio fit quod interest. quid enim si quis aliquam utilitatem ex eo loco percepit, quem vicini esse appareat? non inique damnatio eo nomine fiet. sed et si mensor ab altero solo conductus sit, condemnatio erit facienda ejus, qui non conduxit, in partem mercidis.

Hier finde ich in den letzten Worten sogar eine Bestätigung meiner Ansicht. Wenn die eine Partei allein den Mensor engagirt hat, soll die andere Partei zur Erstattung des auf sie entfallenden Theiles — im Regelfall der Hälfte — des Honorars verurtheilt werden. Von welcher Thätigkeit des Mensor ist die Rede? Schwerlich von der Ausmessung des Eigenthumsumfangs; denn hierzu einen Feldmesser zu engagiren, ist wohl in erster Linie Sache desjenigen allein, der sein Eigenthum nachweisen will oder soll. Paulus vertheilt aber die Kosten des Mensors, augenscheinlich weil es Sache beider Parteien ist, ihn zu miethen. Ich kann deshalb die Stelle nur so verstehen, daß es sich um den Auftrag des Feldmessers zur Abmarkung der Grenze handelt. Hat nämlich der Richter beiden Parteien den Befehl[80]) gegeben, durch einen Mensor die Grenze abmarken zu lassen, und miethet nun — sei es im Einverständniß mit der andern Partei oder in Folge deren Weigerung — die eine Partei

[80]) Auf solchen Befehl weist z. B. l. 8 pr. D. h. t. hin.

allein den Feldmesser, so soll die andere die Kosten mittragen, weil die Abmarkung eben eine beiden Parteien gemeinschaftlich obliegende Verpflichtung ist.

Wohl finden wir nun vielfach Aussprüche, welche sich zweifellos auf einen Streit über die Lage der Grenzlinie beziehen, also — wenn ich mich so ausdrücken darf — auf einen Eigenthumsstreit hinweisen; nirgends aber ist auch nur angedeutet, daß der Streit über die Grenze Voraussetzung, die Auffindung derselben Gegenstand der Klage sei. Insbesondere ergiebt dies nicht l. 12 D. h. t.:

> Eos terminos, quantum ad dominii quaestionem pertinet, observari oportere fundorum, quos demonstravit is, qui utriusque praedii dominus fuit, cum alterum eorum venderet; non enim termini, qui singulos fundos separabant, observari debent, sed demonstratio adfinium novos fines inter fundos constituere.

Würde man davon ausgehen, daß hier die beiden in Streit befangenen termini sichtbare Grenzzeichen bedeuten, dann könnte ja von einer Klage auf Abmarkung nicht mehr die Rede sein, und es würde sich nur um den Streit, welches Grenzzeichen das richtige sei, handeln. So ist aber die Stelle nicht zu verstehen. Paulus spricht keineswegs von beiderseits etwa vorhandenen Grenzzeichen, sondern von zwei Grenzen, deren Lage nur keinem Zweifel unterliegt. Ob die früher die beiden Grundstücke trennenden Grenzsteine noch vorhanden sind, ist aus der Stelle nicht ersichtlich; von den später beim Verkauf des einen Grundstücks vereinbarten Grenzen heißt es dagegen ausdrücklich: quos demonstravit dominus, was, da regere und demonstrare fines offensichtlich nicht gleichbedeutend ist, m. E. mit Entschiedenheit darauf hinweist, daß die behauptete neue Grenze nicht abgemarkt ist.

Der Streit dreht sich nun darum, welche von den beiden Grenzen als die richtige abzumarken sei, bezw. — falls die ursprüngliche Grenze zwischen den zwei Grundstücken noch markirt ist — darum, ob es einer Abmarkung überhaupt bedarf, was ja die Partei, welche die alte Grenze für die rechte hält, leugnet. Es handelt sich hier also um zwei Fragen, um die der Abmarkung und die des Eigenthums. Daher denn auch die beschränkenden Worte: quantum ad dominii quaestionem pertinet, die doch wohl keinen rechten Sinn hätten,

wenn es sich allein um die Ermittelung der Eigenthumsverhältnisse handelte. Daß aber diese möglicherweise in zweiter Linie bei Durchführung der a°. fin. reg. in Frage kommen, schließt die Richtigkeit der hier vertretenen Ansicht über den Gegenstand der actio nicht aus. Wenn auf Abmarkung der Grenze geklagt wird, so muß diese entweder unter den Parteien feststehen, oder erst ermittelt werden. Letzteren Falles findet aber nicht etwa eine Cumulation der a°. fin. reg. und der Eigenthumsklage statt, und zwar dies schon aus dem Grunde nicht, weil die Eigenthumsverhältnisse für die Bestimmung der Grenzlinie keineswegs ausschließlich maßgebend sind; vielmehr ist die Erörterung über das Mein und Dein und überhaupt über den Lauf der Grenze im Streitfall nothwendiger Bestandtheil der Grenzscheidungsklage. Das leuchtet ein, wenn der Beklagte seine Verpflichtung zur Abmarkung aus dem Grunde leugnet, weil eine andere als vom Kläger behauptete vermarkte Grenze vorhanden ist, die er für die rechte hält, und muß folglich auch richtig sein, wenn der Beklagte als wahre Grenze eine Linie annimmt, die nicht bemerkmalt ist, oder wenn er, was kaum vorkommen wird, behauptet, nicht zu wissen, wo die wahre Grenze sei. Insofern nun eventuell bei der a°. fin. reg. auch die Eigenthumsverhältnisse festgestellt werden, kann deren Regulirung Zweck — aber nicht Gegenstand — der Klage sein, und insofern ist es durchaus zutreffend, wenn Paulus von der a°. fin. reg. sagt: pro vindicatione rei est.

Doch, wie schon erwähnt, ist der Streit über die Grenzlinie keineswegs Voraussetzung der a°. fin. reg. Da es sich lediglich um Erfüllung einer persönlichen Verpflichtung handelte, konnte die actio begründet sein, auch wenn die Nachbarn über die Grenzlinie selbst einig waren. Der Beklagte konnte ja, wie bei einer gewöhnlichen Schuldklage, seine Verpflichtung leugnen, sei es, daß er behauptete, die Grenzlinien seien hinreichend markirt, sei es, daß er vermeinte, überhaupt nicht der rechte Beklagte zu sein und dergl. mehr; oder er konnte aus irgend einem Grunde, vielleicht gar nur aus Trotz, seine Verpflichtung nicht ohne richterliche Einmischung erfüllen wollen. In allen solchen Fällen lag eine wirkliche controversia vor. Es kann mithin daraus, daß in D. 10. 1 verschiedentlich von einem Streit unter den Parteien die Rede ist, durchaus kein Argument für die gegnerische Ansicht hergenommen werden, dies aber weiter auch aus

dem Grunde nicht, weil jener Pandektentitel fast ausschließlich von der controversia de loco handelt. Die nähere Darstellung des Unterschiedes dieser Kontroverse von derjenigen de fine, der für die Erkenntniß des Wesens der a°. fin. reg. von der größten Wichtigkeit ist, wird die Richtigkeit der hier vorgetragenen Ansicht über den Gegenstand unserer Klage bestätigen.

§ 4.
Controversia de fine und de loco.

Daß es für das Verfahren bei der a°. fin. reg. von großer Bedeutung sein mußte, ob die Grenze unter den Parteien unstreitig war oder nicht, leuchtet ein, und es wäre dem Geiste des römischen Prozeßrechts wohl entsprechend, wenn es, je nachdem das eine oder das andere der Fall war, das Verfahren verschieden gestaltete. Bekanntlich unterscheiden nun die Agrimensoren bei den Grenzstreitigkeiten die controversia de loco[31]) von der controversia de fine, und wir wissen auch, daß diese beiden contraversiae im Verfahren insofern von einander abwichen, als über die letztere seit der lex Mamilia ein Arbiter in der Person eines Feldmessers — nach der lex XII tab. wahrscheinlich drei Arbitri —, über die controversia de loco aber ein gewöhnlicher Richter unter Hinzuziehung eines Mensors als Sachverständiger entschied.[32]) Liegt es nicht nahe, diesen prozessualen Unterschied auf den rein thatsächlichen Unterschied des Vorliegens oder Nichtvorliegens eines Streites über die Grenzlage zurückzuführen? Steht die Grenze unter den Parteien fest, so bedarf es, abgesehen von der einfachen und kaum Schwierigkeit bietenden Rechtsfrage nach der Begründetheit des klägerischen Anspruchs, nur noch der Abmarkung selbst. Es erscheint deshalb angemessen, die Entscheidung des Rechtsstreits in die Hände dessen zu legen, der auch die Abmarkung vornehmen kann. Ganz anders liegt die Sache, wenn die Grenze streitig ist und noch erst ermittelt werden soll. Hier können die schwierigsten Rechtsfragen auftauchen, so daß es eines ordentlichen Richters bedarf, der selber nur die Entscheidung trifft, die Abmarkung der Grenze aber einem Kunstverständigen überläßt.

[31]) z. B. Frontin 37, 19—20; auch 11, 2.

[32]) Vgl. darüber Rudorff in der Zeitschrift für gesch. Rechtswissenschaft X S. 344 ff.

Diese rein äußerliche Unterscheidung der controversiae de fine und de loco würde also wohl die Verschiedenheit des Prozeßverfahrens rechtfertigen, schlösse aber materielle Unterschiede in der sachlichen Beurtheilung der beiden Kontroversen aus. Doch gerade materielle Unterschiede hat man bisher stets bald der prozessualen Verschiedenheit grundleglich gemacht, bald als eine Folge der letzteren hingestellt. Eine unbefangene Prüfung des Quellenmaterials muß indeß zu dem Resultat führen, daß ein sachlicher Unterschied zwischen der controversia de fine und derjenigen de loco nicht besteht, daß vielmehr in der That die beiden Prozeßarten sich lediglich danach unterscheiden, ob die Grenzlage selbst unstreitig ist oder nicht, ob es sich also allein um Abmarkung oder daneben auch um vorgängige Ermittelung der Grenzlinien handelt.

Im wesentlichen stehen sich heute zwei Ansichten gegenüber, von denen die ältere von Rudorff[33]) begründete als die herrschende bezeichnet werden kann. Nach ihr bedeutet die controversia de fine eine „kleine gewöhnliche" Grenzstreitigkeit innerhalb des Raumes von 5 Fuß, bei welcher die Berufung insbesondere auf Usukapion, daneben aber auch auf Kauf, Tausch und andere Eigenthum begründende juristische Thatsachen[34]) ausgeschlossen war, und die Grenze lediglich nach Regeln der Kunst aufgefunden und hergestellt wurde, wogegen die controversia de loco als „größere" Grenzstreitigkeit eine Entscheidung nach Rechtsregeln, also auch mit Berücksichtigung der Usukapion erheischte, im übrigen aber die Formel, Duplizität und Adjudikation mit der controversia de fine gemeinsam hatte.

Demgegenüber hat Karlowa[35]) die Ansicht aufgestellt, daß es sich nur bei einem Streite über höchstens 5 Fuß, der controversia de fine, um einen wirklichen Grenzstreit handelte, bei dem zwar Berufung auf Usukapion, nicht aber auf andere Eigenthumerwerbsgründe ausgeschlossen gewesen, daß dagegen die controversia de loco eine eigentliche Vindikation war, bei welcher die Adjudikationsbefugniß, wie sie dem Mensor-Richter in der controversia de fine zustand, wegfiel; die Kontroverse de loco sei denn auch zu keiner Zeit von den Römern unter der formula finium regundorum mitverstanden. Der Auffassung Karlowa's,

[33]) Zeitschrift X S. 392 f. und 410 f.
[34]) a. a. O. S. 359.
[35]) Beiträge S. 141 ff.

daß es sich hier um eine reine Vindikation handle, ist neuestens Max Weber[36]) beigetreten.

Die gemeinsame Grundidee dieser beiden Auffassungen ist, daß der Gegensatz von controversia de fine und controversia de loco auf der verschiedenen Größe der streitigen Grenzflächen beruht; handelt es sich um einen höchstens 5 Fuß breiten Raum, so liegt eine controversia de fine vor, streiten die Parteien um eine größere Fläche, so heißt der Prozeß eine controversia de loco. Daß diese Unterscheidung nur haltbar ist, wenn man von der hier bekämpften Ansicht ausgeht, Gegenstand der a°. fin. reg. sei die Auffindung der Grenzlinie, ist klar. Ist aber der Inhalt der actio von mir zutreffend angegeben, so geht daraus ohne weiteres die Unrichtigkeit des aufgestellten Gegensatzes hervor. Derselbe ist indeß ein so allgemein anerkannter und den Quellen scheinbar entsprechend, daß ich mich nicht damit begnügen darf, zur Begründung seiner Verwerfung allein auf die obigen Darlegungen zu verweisen; ich will deshalb versuchen, an der Hand der Quellen nachzuweisen, worin der wahre Gegensatz zwischen controversia de fine und controversia de loco besteht, wobei ich auch diejenigen Punkte berühren werde, in denen die Auffassungen Rudorff's und Karlowa's auseinandergehen.

Es muß zunächst einigermaßen unerklärlich erscheinen, wie die Römer dazu kommen konnten, einen Unterschied zu statuiren, je nachdem um einen Raum von höchstens 5 Fuß oder um eine größere Fläche gestritten wurde. Daß ein Landstreifen von 5 Fuß Breite im Gegensatz zu einem solchen von 6 oder 10 Fuß als etwas so sehr „Geringfügiges" angesehen worden, läßt sich kaum annehmen, mindestens hätte doch dafür auch die Länge des streitigen Stückes mit in Betracht gezogen werden müssen. Daß man, wenn es nur auf die Breite ankam, die kleinen Streitigkeiten gerade mit dem 5. Fuß abschnitt, lag an sich nahe durch Bezugnahme auf den sog. finis; und es ließe sich auch die Vereinfachung des Prozeßverfahrens bei wirklich geringfügigen Sachen erklären. Auffällig muß es aber denn doch erscheinen, daß nur bei der a°. fin. reg. und nicht auch bei der rei vindicatio eine Vereinfachung des Verfahrens eintrat, wenn es sich nur um ein geringfügiges Stück Landes handelte. Denn der Umstand, daß bei

[36]) Max Weber, Die römische Agrargeschichte in ihrer Bedeutung für das Staats- und Privatrecht 1891 S. 71 f. und S. 76 f.

der ersteren Klage der Streitgegenstand zwischen zwei Grundstücken lag, daß er nur eine pars fundi betraf, konnte doch wahrlich nicht für die Festsetzung verschiedener Prozeduren je nach der Größe des Objekts maßgebend sein.

Will man indeß auch die Möglichkeit gelten lassen, daß die Verschiedenartigkeit des Verfahrens sich nach der Größe des Streitgegenstandes gerichtet habe, so ist es doch kaum denkbar, daß die Römer schwerwiegende materielle Wirkungen an den Unterschied geknüpft haben, indem sie z. B., wie unbestritten angenommen wird, bei der controversia de fine — und nur bei ihr — die Usukapion ausschlossen. Rechtfertigt sich auch dies aus der Geringfügigkeit des Streitobjekts? Dann mußte aber doch auch bei der Vindikation innerhalb 5 Fuß die Usukapion ausgeschlossen sein, und doch hebt Rudorff[37]) gerade hervor, daß durch Anstellung der Vindikation die Beachtung der Ersitzung habe erzwungen werden können.

Im Gegensatz zur controversia de fine soll bei der controversia de loco die Berufung auf Usukapion nicht ausgeschlossen gewesen sein. Aber zu welchen sonderbaren Konsequenzen gelangt man da! Wer 5 Fuß Landes die Ersitzungszeit hindurch besessen, behält, wenn es zur Klage kommt, garnichts; wer aber auch nur $^1/_2$ Fuß mehr ersessen hat, gewinnt in der controversia de loco, sei es nun mit a°. fin. reg. oder mit rei vindicatio, den ganzen Streifen von $5^1/_2$ Fuß. Unter solchen Verhältnissen mußte ja jeder Nachbar, der im ersitzungsfähigen Besitz einiger Fuß des Grenzsaums war, darnach streben, möglichst noch einige Fuß mehr vom Nachbargrundstück abzupflügen, um sich auf Ersitzung des ganzen Stückes berufen zu können; was den erforderlichen Titel anbelangt, so war der Putativtitel pro derelicto genügend[38]) und leicht gegeben, und was die bona fides betrifft, so war ja der Besitzer immer in der glücklichen Lage, den schwierigen Beweis ihres Nichtvorhandenseins vom Gegner erwarten zu können.

Zweifellos konnte auch der Besitzer den Grenzstreit einleiten. Hatte er nun etwa nur 4—5 Fuß ersessen, so konnte er ja leicht, um die Sache an den ordentlichen Richter zu bringen, der die Usukapion zu berücksichtigen hatte, die Klage auf einen mehr als 5füßigen Streifen abstellen. Wurde im Prozeß die Ersitzung auch nur für die 4 oder

[37]) Zeitschrift S. 358.
[38]) D. 41. 7. 4.

5 Fuß nachgewiesen, so wurden ihm doch diese wenigstens zugesprochen; denn sicherlich wird die a°. fin. reg. auch vom Standpunkt meiner Gegner aus als a°. incerta zu betrachten sein, bei welcher die nachtheiligen Folgen der pluspetitio nicht eintraten.

Umgekehrt konnte der Nichtbesitzer, wenn der Nachbar mehr als 5 Fuß ersessen hatte, durch Erhebung der controversia de fine mit Preisgabe dessen, was der Andere über die quinque pedes hinaus besaß, erreichen, daß der Gegner wenigstens diesen fünffüßigen Saum nicht behielt, der ihm aber zugesprochen worden wäre, wenn der Kläger unvorsichtigerweise die controversia de loco eingeleitet hätte.

Das sind durch den bezeichneten Gegensatz gebotene Konsequenzen, welche dem gesunden Rechtsgefühl und dem Geiste des römischen Rechtes widersprechen.

Es ist nun aber thatsächlich in den Quellen nirgends ausgesprochen, daß die controversia de fine eine Streitigkeit über einen Raum von höchstens 5 Fuß sei. Daß die römischen Juristen oder Agrimensoren schlechthin von einem Raum von 1 bis 5 Fuß Breite reden, wird Niemand behaupten wollen. Es kann sich vielmehr nur um den bekannten Grenzsaum selbst handeln, dessen Lage also unter den Parteien — mag er als ein sichtbarer, fester Grenzrain sich darstellen oder nicht — unstreitig sein muß; denn ist sie streitig, so liegt ja keine Grenzstreitigkeit innerhalb des fünffüßigen Grenzraums vor. Ist sie nun nicht streitig, so giebt es überall keinen Streit um die Grenze, denn der fünffüßige Raum ist ja die Grenze, der finis. Ein Streit innerhalb dieses Raums kann sich also nie um die Frage drehen: liegt die Grenze hier oder liegt sie ein, zwei, drei u. s. w. Fuß weiter nach der einen oder andern Seite hin? Streiten aber die Parteien etwa darüber, ob die $2^1/_2$ Fuß neben der Mittellinie des bisherigen Finis dem Einen oder dem Andern gehören, so ist damit eben die Lage des ganzen Finis streitig, und es handelt sich mithin um einen Streit nicht innerhalb des Finis, sondern über denselben und um ein Streitterrain nicht von $2^1/_2$, sondern von $7^1/_2$ Fuß. Ein eigentlicher Grenzprozeß also, bei welchem die Grenzlage noch erst festgestellt werden soll, muß einen Raum von mehr als 5 Fuß betreffen. Bezielt demgegenüber die controv. de fine einen Raum von höchstens 5 Fuß, so kann sie mithin ein wirklicher Streit über die Grenzlage nicht sein. Man könnte vielleicht einwenden, daß bei der Frage nach der Größe

des ſtreitigen Raumes nur dasjenige Stück Landes in Betracht komme, welches nach Abzug der für den Finis zu verwendenden 5 Fuß übrig bleibe, und daß, wenn dieſer übrig bleibende Streifen, das wirklich in Streit befangene Areal, 5 Fuß oder weniger breit ſei, eine controv. de fine vorliege, die dann allerdings nicht einen Streit innerhalb des Grenzraums, ſondern ſchlechthin innerhalb eines Raums von 5 Fuß bedeute. Demgegenüber kann ich nur behaupten, daß die c. de fine, wie nicht auf mehr als 5 Fuß, ſo auch nicht auf weniger als 5 Fuß Areal ſich bezieht, ſondern nur einen Raum von gerade 5 Fuß und zwar den eigentlichen Grenzraum als Ganzes betrifft. Dafür ſpricht ſchon die Bezeichnung: de fine; es iſt ein Streit betreffend den Finis, betreffend den fünffüßigen Raum, nicht auch einen Theil deſſelben. Ganz unzweideutig iſt das ausgeſprochen bei Frontin:[39])

> *De rigore* controversia est finitimae conditionis quotiens inter duos pluresve terminos ordinatos sive quae alia signa secundum legem Mamiliam intra quinque pedes agitur. *De fine* similis est controversia . . . nam et eadem lege continetur et de quinque pedum agitur latitudine . . . *De loco* controversia est, cum quid excedit supra scriptam latitudinem, cujus modus a petente non proponitur.

Augenſcheinlich ſoll hier der Gegenſatz zwiſchen den drei controversiae de rigore, de fine und de loco kurz und prägnant charakteriſirt werden. Er iſt nach Frontin folgender: Der Streit de rigore bewegt ſich intra quinque pedes, der de fine betrifft genau die quinque pedum latitudo und der de loco geht über dieſen Raum hinaus. Daß unter der quinque pedum latitudo nicht ein beliebiger Raum von 5 Fuß, ſondern ſpeziell der ſog. Finis verſtanden iſt, erhellt wohl deutlich aus dem Zuſatze »scriptam« — der „geſetzlich vorgeſchriebenen" Grenzfläche — und der Bezugnahme auf die lex Mamilia.

Alle Zweifel aber, die etwa noch beſtehen könnten, werden gehoben durch die ſchon erwähnte Stelle in

> Isid. Orig. V. 25: Finium regundorum actio dicta ex eo, quod per eam regantur fines utrique, ne dissipentur: dummodo non angustiore quinque pedum loco ea controversia sit.

[39]) a. a. O. 11, 3—6; 12, 1—3; 13, 1—3.

Rudorff[40]) hält zwar die Stelle für korrumpirt, und Karlowa[41]) meint, daß Isidor hier die Worte eines älteren Juristen mindestens konfus wiedergebe. Aber weshalb? Zu solcher Annahme kann man nur gelangen, wenn man die Auffassung, daß die a°. fin. reg. auch einen Streit über weniger als 5 Fuß Grenzlandes mitbegreife, als über jeden Zweifel erhaben betrachtet. Und stimmt denn diese Aeußerung Isidor's nicht genau mit der Unterscheidung Frontin's überein? Ist hier doch ausdrücklich betont, daß der Streit innerhalb des Finis, also de angustiore quinque pedum loco, nicht controv. de fine oder de loco ist, also nicht von der a°. fin. reg. mitumfaßt wird, sondern controversia de rigore genannt wird.

Ich will hier noch einer Stelle gedenken, welche wohl nicht in letzter Linie zu der hier bekämpften Auffassung verleitet hat, und mit welcher man mich zu widerlegen geneigt sein möchte. Es ist l. 3 C. Theod. fin. reg. 2. 26:

> Si finalis controversia fuerit, tunc demum arbiter non negetur, cum intra quinque pedes locum, de quo agitur, apud Praesidem esse constiterit: cum de majore spatio, causa quaedam non finalis sed proprietatis, apud ipsum Praesidem debeat terminari.

Man nimmt allgemein an, daß dies konstantinische Gesetz aus dem Jahre 331 nur von der controv. de fine und der controv. de loco handle. Ich halte das nicht für unmöglich; denn zweifellos sind die Worte intra quinque pedes locum nicht so genau zu nehmen, wie in jenem Ausspruch Frontin's, in dem gerade die charakteristischen Unterscheidungsmerkmale hervorgehoben werden sollen. Es ist aber offenbar auch nicht ausgeschlossen, daß mit jenen Worten nur die controv. de rigore oder doch die controv. de fine und de rigore bezielt sein sollten. Jedenfalls zwingt Nichts, dieselben nur von der ersteren zu verstehen, und zwar um so weniger als ja nach Ansicht der Gegner die controv. de fine nicht nur einen Raum intra quinque pedes, sondern auch quinque pedum betrifft. Die Ausdrucksweise wäre mithin auch bei der herrschenden Auslegung der Worte zu ungenau, als daß die Stelle mit Erfolg gegen mich verwendet werden könnte.

---

[40]) Zeitschrift S. 375.
[41]) a. a. O. S. 143.

Bezieht sich der Streit de fine nun, wie ich oben ausführte, nicht auf mehr und nicht auf weniger als 5 Fuß, bezieht er sich gerade auf die 5 Fuß, auf den finis, so kann er sich garnicht um die Frage drehen: wo ist der Finis? Vielmehr setzt darnach die controversia de fine Streitlosigkeit der Lage des Grenzraums, der Grenze, voraus. Im Gegensatz dazu ist die controversia de loco, da sie über die quinque pedes hinausgeht, ein Streit, bei welchem der Grenzzug unter den Parteien nicht feststeht, bei welchem er vielmehr erst innerhalb des streitigen Raumes von mehr als 5 Fuß ermittelt werden muß. Gemeinsam ist aber beiden Kontroversen der eigentliche — bei der controversia de fine der einzige — Gegenstand des Streites, das, was der Klage den Namen gegeben hat, das regere fines.

§ 5.

Der Ausschluß der usucapio intra quinque pedes.

Bei dem entwickelten Gegensatz versteht es sich, daß in der controversia de fine, da die Grenze unstreitig war, weder auf der einen noch auf der andern Seite eine Veranlassung gegeben war, sich auf Kauf, Tausch oder andere Eigenthumserwerbsgründe zu berufen; es konnte folglich auch eine etwaige Usukapion garnicht in Frage kommen. Die größten Bedenken müßten sich also gegen die Richtigkeit des von mir aufgestellten Gegensatzes erheben, wenn wirklich, wie allgemein angenommen wird, die Usukapion in der controversia de fine im Unterschied von der controversia de loco ausdrücklich ausgeschlossen gewesen wäre. Nun ist aber nirgends in den Quellen davon die Rede, daß bei der controversia de fine die Berufung auf Usukapion untersagt worden sei, vielmehr handeln alle bezüglichen Nachrichten bei Cicero, bei den Agrimensoren und in den Codices nur von dem Verbot der Ersitzung der quinque pedes. Allerdings findet sich ja bei Cicero de legibus I. 18:

> Ex hac autem non rerum sed verborum discordia, controversia nata est de finibus: in qua, quoniam usucapionem duodecim tabulae intra quinque pedes esse noluerunt, depasci veterem possessionem .... non sinemus.

eine Bezugnahme auf eine controversia »de finibus« und gleich darauf eine Erwähnung des von den 12 Tafeln aufgestellten Usukapionsverbotes. Mit keinem Wort aber ist angedeutet, daß dasselbe sich auf

den Grenzstreit beschränke oder auch nur überhaupt auf ihn beziehe; denn wir konstruiren offenbar nicht: in qua quoniam (statt quoniam in ea) .... noluerunt, ... non sinemus, sondern: in qua .... non sinemus, quoniam .... noluerunt. Die Ausschließung der Usukapion intra quinque pedes steht also hier mit dem Grenzstreit in keiner Verbindung.

Nur dadurch, daß man die contr. de fine als einen Streit über einen Raum von höchstens 5 Fuß auffaßte, und in Hinblick darauf, daß bezüglich der contr. de loco mehrfach die Berücksichtigung der Ersitzung bezeugt wird, hat man dazu kommen können, das Verbot der usucapio intra quinque pedes für die contr. de fine und nur für diese, gelten zu lassen und als wesentliche Eigenthümlichkeit derselben im Gegensatz zur contr. de loco anzusehen.

Daß die Beschränkung des Usukapionsverbotes auf die sog. geringfügigen Grenzstreitigkeiten nicht eine nothwendige Folgerung aus den Mittheilungen über die Unzulässigkeit der Ersitzung der quinque pedes ist, liegt auf der Hand. Viel näher hätte es gelegen, aus ihnen zu entnehmen, daß die Usukapion der quinque pedes in den kleinen und in den großen Grenzstreitigkeiten ausgeschlossen gewesen. Worin könnte denn der Grund jener Verschiedenheit liegen? Rudorff[42]) findet ihn bei Hygin (130, 1—3) angegeben in den Worten:

> constabit tamen, rem magis esse juris, quam nostri operis, quoniam saepe usucapiuntur loca, quae biennio possessa fuerint,

und später (130, 10 und 11):

> argumentum itaque prudentiae est, non professionis,

nach welchen die Zulassung der Usukapion in der contr. de loco „als eine reine Folge der Beobachtung von Rechtsregeln überhaupt gedacht werde." Doch richtiger könnte man umgekehrt mit Karlowa[43]) sagen, aus der Möglichkeit der Usukapion werde gefolgert, daß die Schlichtung einer contr. de loco mehr nach Regeln des Rechts als der Kunst geschehe. Nichts weiter wollen die Aussprüche hervorheben, als daß die contr. de loco mehr in das Gebiet der Rechtswissenschaft als der Feldmeßkunst schlage. Daß zur Begründung gerade die Möglichkeit der Ersitzung herangezogen wird, ist von nebensächlicher Bedeutung,

[42]) Zeitschrift S. 359.
[43]) a. a. O. S. 150.

aber erklärlich, weil die Frage, ob ein Stück Landes ersessen sei oder nicht, regelmäßig mehr juristische Schwierigkeiten bieten dürfte, als ein Streit über andere Eigenthumserwerbsgründe.

Die Aeußerung Hygin's steht übrigens der von mir entwickelten Auffassung des Gegensatzes von contr. de fine und contr. de loco keineswegs entgegen, ja sie trifft sogar auf diesen Gegensatz noch weit mehr zu als auf den von den Gegnern angenommenen. Rem magis esse juris quam nostri operis, sagt Hygin, ganz natürlich, wenn es sich in der contr. de fine lediglich um die Grenzziehung handelt, bei der contr. de loco aber noch erst die Rechtsfrage entschieden werden muß: wo ist die Grenze? Aber auch nicht ausschließlich Sache der Rechtswissenschaft ist die contr. de loco; denn es soll nicht nur die Grenze gefunden, sie soll auch — und deshalb wird sie gesucht — gezogen werden.[44])

Jener Ausspruch Hygin's ergiebt also weder daß noch weshalb gerade in Betreff des Usukapionsverbotes ein Unterschied zwischen beiden Kontroversen besteht. Andererseits schließt aber auch die in ihm erwähnte Möglichkeit der Ersitzung der loca die Geltung des Usukapionsverbots intra quinque pedes auch in der controv. de loco nicht aus. Diese zu leugnen liegt in der That kein Grund vor. Denn, wie gesagt, nirgends in den Quellen ist ein Anhalt dafür gegeben, daß das Usukapionsverbot nur in den contr. de fine gegolten habe. Der von mir entwickelte Gegensatz der beiden Kontroversen würde sich indeß schon dann als ein irriger erweisen, wenn aus dem Quellenmaterial sich ergäbe, daß das Verbot der Usukapion der quinque pedes für beide Kontroversen, also auch für diejenige de fine, ausgesprochen wäre. Ich glaube jedoch, getrost behaupten zu können, daß dies nicht der Fall ist, daß vielmehr umgekehrt da, wo von der Ausschließung der Usukapion mit Bezug auf eine der beiden Kontroversen die Rede ist, nur die contr. de loco gemeint ist. Das wäre natürlich nicht denkbar, wenn das Usukapionsverbot intra quinque pedes den Sinn hätte, daß zwar ein 5 Fuß breiter Raum noch nicht ersessen werden könne, wohl aber ein Landstreifen von $5^1/_2$ und mehr Fuß Breite. Zu welchen absurden Konsequenzen diese Auffassung führt, habe ich schon oben nachzuweisen versucht.

[44]) Vergl. übrigens hierzu Frontin, 43, 25--26: quando in re praesenti plus quidem quam de fini regundo agatur.

Wie ist denn nun jene Unmöglichkeit der Ersitzung intra quinque pedes zu verstehen? Rudorff[45]) nimmt im Gegensatz zu Karlowa[46]) an, daß es sich nicht um ein positives Usukapionsverbot handelte, die Ersitzung habe nur nicht „Beachtung" gefunden, da nicht nach Grundsätzen des Rechts sondern der Grenzscheidekunst entschieden wurde; durch Anstellung der Vindikation sei ihre Beachtung erzwingbar gewesen. Cicero und Hygin drücken sich indeß hinreichend bestimmt aus, um ein positives Usukapionsverbot — und zwar schon nach der Zwölftafelgesetzgebung — anzunehmen. Ein Finis sollte eben zwischen zwei benachbarten Grundstücken bestehen, und darum hatte die öffentliche Ordnung ein Interesse daran, die Beseitigung des Grenzrains durch Ersitzung zu inhibiren und damit zugleich den bedrohten Nachbar gegen oft schwer bemerkbaren Verlust zu schützen. Der Finis war aber nicht etwa dem Privateigenthum entzogen,[47]) er stand je zur Hälfte im Eigenthum des Grenznachbars, wie wir u. A. aus den Grundsätzen über den arbor und lapis in confinio entnehmen können. Es waren deshalb zweifellos Rechtsgeschäfte über denselben gestattet, nur wurde dadurch der Finis nicht überhaupt beseitigt, sondern nur an eine andere Stelle verlegt. Andererseits bedurfte es zur Ausschließung der Usukapion eines ausdrücklichen gesetzlichen Verbots derselben, und natürlich bezog sich dies hinsichtlich der einen Hälfte[48]) auf Ersitzung der Servitutenfreiheit und nur bez. der andern Hälfte des Grenzraums auf wirkliche Eigenthumsersitzung. War in diesem Sinne der Finis gesetzlich der Usukapion entzogen, so war er es natürlich nicht nur dem gegenüber, der blos den Grenzraum oder einen Theil desselben besaß, sondern auch dem gegenüber, der mehr als die quinque pedes in seinem an sich zur Ersitzung führenden Besitz hatte. Wer also z. B. den Grenzraum und darüber hinaus 2 Fuß besessen, hatte nicht 7 oder $4^1/_2$ Fuß, sondern nur 2 Fuß ersessen. Wollte man annehmen, daß der Usukapient alle 7 Fuß ersessen habe, d. h. $2^1/_2$ Fuß als servitutfrei und $4^1/_2$ Fuß zu Eigenthum, und würden nun die beiden Grenzlinien folgerecht 7 Fuß weiter

[45]) Zeitschrift S. 357 f. Schriften der Feldmesser S. 438 f.

[46]) a. a. O. S. 150 f.

[47]) So auch Rudorff, Zeitschrift S. 361.

[48]) Der Finis muß zur einen Hälfte mit einer gesetzlichen Servitut belastet gedacht werden. Vgl. auch Rudorff in den Schriften der Feldmesser S. 428 und S. 434.

in des Nachbars Grundstück hinein verlegt, so hätte thatsächlich der Usukapient $9^1/_2$ Fuß ersessen, und davon $2^1/_2$ Fuß — allerdings mit der gesetzlichen Servitut des iter ad culturas und des actus aratri belastet — ohne sie überhaupt besessen zu haben. Dieser Ungeheuerlichkeit, zu welcher übrigens die herrschende Auffassung von dem Gegensatz zwischen contr. de fine und de loco und der Bedeutung des Usukapionsverbots intra quinque pedes folgerecht führen muß, würde man allerdings dadurch entgehen, daß man sagte, die beiden fines würden nicht 7, sondern nur $4^1/_2$ Fuß weiter verlegt. Doch das brauchte sich offenbar der Usukapient nicht gefallen zu lassen; denn er hatte die beiden Fuß jenseit des alten Grenzraums — wenn überhaupt diese — zweifellos servitutfrei ersessen, da eine Vorschrift, nach welcher man die letzten $2^1/_2$ Fuß eines Raumes nur als mit der Servitut belastet ersaß, nicht existirte.

Man könnte nun meiner Behauptung, daß der Usukapient im gedachten Falle nur 2 Fuß ersessen habe, entgegenhalten, daß dann ja der durch die Usukapion beeinträchtigte Nachbar innerhalb des Grundstücks des Usukapienten drittehalb Fuß „als Andenken seiner ehemaligen Herrschaft" behalte.[49]) Ich würde dem die Frage anreihen: was wird aus den andern drittehalb Fuß, an denen ja der Usukapient die Servitutenfreiheit nicht hat ersitzen können?

Doch so ist meine Behauptung nicht gemeint. Daß das ein seltsames Resultat wäre, ist klar; und es würde, abgesehen davon, auch hier die Frage immerhin noch offen bleiben, wohin der Finis zu verlegen wäre. Aber Nichts ist leichter, als jene Ungereimtheit zu beseitigen und diese offene Frage zu beantworten. Wenn der Usukapient 2 Fuß über den Finis hinaus, also 7 Fuß, während der gesetzlichen Zeit im Ersitzungsbesitz gehabt hat, wenn davon die quinque pedes nicht ersitzbar sind und nun, da mithin das Grundstück des Usukapienten sich um 2 Fuß erweitert hat, eine neue Grenze gezogen werden soll, dann wird sie eben 2 Fuß weiter verlegt, die unersitzbaren 5 Fuß werden also von dem Ende des besessenen Areals abgezogen, und der abgezogene fünffüßige Raum ist der neue Finis, der je zur Hälfte den Grenznachbarn gehört und mit der gesetzlichen Servitut belastet ist. Ersessen hat also der Nachbar nicht etwa die 2 Fuß jenseit des Finis, sondern 2 Fuß dieses bisherigen Finis selbst. Denn selbstverständlich

[49]) Karlowa S. 149.

ist nicht der Raum Landes, der einmal zum Grenzsaum gemacht worden ist, dadurch für alle Zeit unersitzbar geworden. Der Ersitzung entzogen sind nur die 5 Fuß, die den Finis z. B. bilden bezw. bilden sollen. Sobald also der Ersitzungsbesitz den Grenzraum überschreitet, sind unersitzbar die 5 Fuß von der eigenmächtig geschaffenen Besitzesgrenze zurückgerechnet. Das ist die Bedeutung des Usukapionsverbotes, und nur das besagt der Satz: intra pedum quinque possessionem nemo usu capit. Der bisherige Finis ist also sehr wohl ersitzbar, aber nur um das Maß, über welches der Ersitzungsbesitz über den Grenzraum hinausgeht, und erst von dem Augenblick an, wo dies der Fall ist.

Diese im ersten Augenblick vielleicht überraschende Auffassung von der Bedeutung des Usukapionsverbots intra quinque pedes ist die m. E. allein dem Wesen der Sache entsprechende. Ihr stehen die Quellen nicht entgegen; insbesondere nicht

D. 41. 4 (pro centore) 2. 6.

> Cum Stichum emissem, Dama per ignorantiam mihi pro eo traditus est, Priscus ait usu me eum non capturum, quia id, quod emptum non sit, pro emptore usucapi non potest: sed si fundus emptus sit et ampliores fines possessi sint, totum longo tempore capi, quoniam universitas ejus possideatur, non singulae partes.

Der Fall, um den es sich hier handelt, ist folgender: es hat Jemand ein Grundstück gekauft und mehr als ihm verkauft worden, besessen. Er ersitzt das Ganze als solches pro emtore, also auch das nicht mitverkaufte Areal, weil trotz der vereinbarten Grenze das Grundstück immer *dasselbe Grundstück* bleibt, anders als beim Sklaven Dama, der *anstatt* des wirklich verkauften Stichus tradirt ist. Der aufgestellte Grundsatz — Ersitzung des totum — bleibt richtig, auch wenn die letzten, derzeit als Finis geltenden 5 Fuß des besessenen Areals nicht mit ersessen sind; denn es handelt sich offenbar nicht um die Frage nach der Ersitzung des durch den Irrthum geschaffenen Grenzraumes, sondern des Gebietes, das zwischen der nach dem Kaufvertrag sich ergebenden Grenze und der thatsächlich gewahrten Grenze liegt. Wohl aber könnte sich aus jener Stelle ergeben und ergiebt sich für die Zeit ihres Autors, daß der alte, der eigentliche Finis mit dem totum ersessen war. Das entspricht dem oben Vorgetragenen. Im Uebrigen steht der Ausspruch des Paulus meiner Ansicht um so weniger entgegen,

als zur Zeit seiner Aufnahme in die Digesten der 5füßige Grenzraum überhaupt nicht mehr bestand, die Möglichkeit der Ersitzung sich also auf das Land bis zur Grenzlinie — was für die Zeit des Paulus das Land bis zum Finis bedeutet hatte — bezog.

Von dieser, wenn ich so sagen darf, Subtraktion der 5 Fuß von dem ganzen besessenen Areal im Falle der contr. de loco und der rei vindicatio — selbstverständlich mußte bei dieser dasselbe gelten, was bezüglich der quinque pedes von der a°. fin. reg. galt — weiß die Justinianische Rechtssammlung zwar Nichts. Das ist aber natürlich, da wie gesagt zur Zeit Justinian's die Vorschrift über das Vorhandensein eines Finis zwischen benachbarten Grundstücken nicht mehr galt. Daß auch die Agrimensoren nicht von ihr sprechen, steht jedenfalls meiner Auffassung nicht entgegen; denn sie bezeugen auch nirgends, daß, falls der Besitz von mehr als 5 Fuß in Frage kam, das ganze besessene Gebiet ersessen war. Ist es aber überhaupt richtig, daß die Usukapion intra quinque pedes bei der contr. de loco ausgeschlossen war, dann ist die einzig haltbare Möglichkeit die, daß die letzten 5 Fuß des besessenen Areals den neuen Finis bildeten.

Daß nun in der That der Ausschluß der Usukapion der quinque pedes in der contr. de loco galt, bezeugen uns die l. 4 und l. 5 C. Theod. Finium regundorum (2. 26) aus den Jahren 385 und 392. Wenn es in letzterem Gesetz, von dem später noch ausführlicher die Rede sein wird, heißt:

> ac de eo tantum spatio, hoc est pedum quinque, qui veteri jure praescripti sunt, sine observatione temporis arbitros jussimus judicare,

so liegt nicht der geringste Grund vor, diese Worte von der contr. de fine[50]) zu verstehen, vielmehr ist der Ausdruck de .... spatio .... pedum quinque viel zu allgemein, um nicht wenigstens auch mit Bezug auf die contr. de loco gebraucht zu sein. Ich gehe indeß weiter und behaupte, daß nur von dieser letzteren Kontroverse die Rede ist, wie sich aus dem Zusammenhang mit den weiter unten zu besprechenden Gesetzen ergiebt. Doch will ich nicht leugnen, daß in dieser Beziehung die l. 5 zu Zweifeln Anlaß geben kann. Gänzlich ausgeschlossen sind solche indeß bei der l. 4 C. Theod.:

[50]) sc. in der von mir bekämpften Bedeutung.

Quinque pedum praescriptione submota, finalis jurgii vel locorum libera peragatur intentio etc.

Mag man mit Rudorff übersetzen: unter Aufhebung der Vorschrift über die quinque pedes, oder mit Karlowa unter der praescriptio die longi temporis praescriptio verstehen — immer ist von der bisherigen oder von der noch fortbestehenden Unmöglichkeit der Usukapion der quinque pedes in der contr. de loco und zwar nur in dieser die Rede. Die Worte finalis jurgii vel locorum könnten zunächst bedenklich machen und dazu verleiten, das Gesetz auf die contr. de fine und de loco zu beziehen. Doch auf den Ausdruck finale jurgium ist sicherlich kein Gewicht zu legen, da er in einzelnen Stellen, z. B. in der l. 3[51]) C. Theod. eodem, zweifellos beide Kontroversen umfaßt, in der l. 2[52]) daselbst m. E. sogar nur die contr. de loco bezielt, und nirgends sonst in den Codices in der Bedeutung von contr. de fine allein gebraucht wird. Wollte man nun diese in der l. 4 cit. unter dem finale jurgium verstehen, so würde doch das »vel«, wenn auch nicht ganz falsch, so doch schlecht am Platze sein und besser durch et ersetzt werden. Wohl berechtigt dagegen ist es, wenn man die l. 4 nur auf die contr. de loco bezieht und das »vel« in seiner spezialisirenden Bedeutung[53]) nimmt als „und zwar", „oder besser gesagt". Geschieht dies, so ist jenes Gesetz Valentinian's II und seiner Mitkaiser ein sicherer Beweis dafür, daß die usucapio quinque pedum bezw. der Ausschluß derselben nur in der contr. de loco zur Frage kam, und damit ein Beweis zugleich für die Richtigkeit des von mir angenommenen Gegensatzes zwischen contr. de loco und de fine.

Die Auffassungen über jene l. 4 cit. sind indeß getheilt; Karlowa[54]) versteht sie sogar nur von der contr. de fine, dem eigentlichen jurgium finale in seinem Sinne, neben welcher die locorum intentio „nur ganz beiläufig im Anfang erwähnt" sei, während Rudorff[55]) beide Grenz-

[51]) Si finalis controversia fuerit, tunc demum arbiter non negetur, cum intra quinque pedes locum, de quo agitur, apud Praesidem esse, constiterit: cum de majore spatio etc. cf. auch Karlowa a. a. O. S. 146.

[52]) Si constiterit eum, qui finalem detulerit quaestionem, priusquam aliquid sententia determinetur, rem sibi alienam usurpare voluisse: etc.

[53]) Bei der wohl berechtigten Ableitung von velle erscheint sie sogar als die natürlichste.

[54]) a. a. O. S. 156.

[55]) Zeitschrift S. 400.

ſtreitigkeiten in der Stelle bezielt findet. So verſchieden wie die Auslegungen der Worte finalis jurgii vel locorum, ſo entgegengeſetzt ſind auch die Anſichten über die Bedeutung jenes kaiſerlichen Geſetzes ſelbſt, auf die ich hier um ſo mehr eingehen muß, als die bereits oben aufgeſtellte, mit der l. 4 in Zuſammenhang ſtehende Behauptung, daß zur Zeit der juſtinianiſchen Kompilation das Inſtitut des fünffüßigen Grenzſaumes antiquirt war, noch der näheren Erörterung bedarf.

§ 6.

Unzuläſſigkeit der Berufung auf Erſitzung im Grenzſtreit.

Nach der herrſchenden, beſonders von Rudorff[56]) vertretenen Anſicht haben Valentinian II, Theodoſius und Arcadius in jenem Geſetz vom Jahre 385 die Vorſchrift über den fünffüßigen Grenzſaum aufgehoben und die Verſchiedenheit zwiſchen den beiden Grenzkontroverſen dergeſtalt beſeitigt, daß die frühere Behandlung der contr. de fine zur allgemeinen Regel erhoben wurde, ſo daß nun auch in der contr. de loco das Richteramt in die Hände der Agrimenſoren gelegt war, und die Entſcheidung lediglich nach Regeln der Grenzſcheidekunſt erfolgte. Doch ſchon einige Jahre ſpäter habe man ſich genöthigt geſehen, in der l. 5 C. Theod. eodem (vom Jahre 392) die alte Feldordnung und mit ihr die juriſtiſche Beurtheilung der größeren Grenzſachen vollſtändig wiederherzuſtellen; erſt Juſtinian habe dann in der l. 5 und l. 6 C. 3. 39 die contr. de loco derjenigen de fine rückſichtlich der freien Beurtheilung wieder gleichgeſtellt, die Uſukapion (longi temporis) auch in der Kontroverſe de loco ausgeſchloſſen, die dreißigjährige Klagenverjährung aber für beide Grenzſtreitigkeiten vorgeſchrieben.

Demgegenüber hat wiederum Karlowa[57]) nachzuweiſen verſucht, daß weder jemals die contr. de fine und de loco einander gleichgeſtellt worden ſeien, noch überhaupt die Vorſchrift über den fünffüßigen Grenzſaum, ſei es von Valentinian oder von Juſtinian, aufgehoben worden ſei, daß vielmehr die kaiſerliche Geſetzgebung, abgeſehen von der Einführung der dreißigjährigen Klagenverjährung — nicht durch Juſtinian, ſondern — durch Valentinian III, das alte Recht der contr. de fine nur beſtätigt und eingeſchärft habe.

---

[56]) Zeitſchrift S. 399 ff., Schriften der Feldmeſſer S. 444 f.
[57]) S. 153 ff.

In beiden Auffassungen, die dem hier angenommenen Gegensatz zwischen contr. de fine und de loco im Prinzip entgegenstehen, ist Richtiges mit Unrichtigem vermischt.

Zweifellos ist in der schon oben[58]) mitgetheilten l. 3 C. Th. 2. 26, mag man sie von der contr. de fine oder de rigore oder von beiden Kontroversen verstehen, die Vorschrift der quinque pedes als eine noch in Geltung befindliche erwähnt. Die l. 4 eod. lautet dann:

> Quinque pedum praescriptione submota, finalis jurgii vel locorum libera peragatur intentio. Salva sit igitur hujusmodi litibus una praescriptio, quae improbi petitoris refrenare possit invidiam, si veteribus signis limes inclusus finem congruum erudita arte praestiterit. Nec vero prolixioris temporis in hujus modi jurgiis locum habebit ulla praescriptio, cum diuturno otio alienum rus quisquam asserat se diligentius coluisse: quando omne hujusmodi jurgium solo praecipimus jure discingi, quo artis hujus peritis omne commisimus sub fideli arbitratione judicium.

Die Anfangsworte des Gesetzes mit Karlowa von der temporis praescriptio zu verstehen ist schlechterdings ausgeschlossen. Die Ersitzung der quinque pedes war bekanntlich schon seit den XII Tafeln verboten. Unmöglich konnte nun doch dieses uralten Verbotes noch im Jahre 385 p. Chr. n. mit den Worten »praescriptione submota« gedacht werden, die doch zweifellos auf eine gegenwärtige oder doch vor nicht gar zu langer Zeit erfolgte Aufhebung hindeuten. Auch die Ausschließung der praescriptio longi temporis im Gegensatz zur usucapio kann nicht gemeint sein; denn unbestritten ist bezüglich der quinque pedes niemals die zehn- oder zwanzigjährige Ersitzung zulässig gewesen, deren Aufhebung also auch das Gesetz nicht behandeln konnte.

Weiter geht aus der ganzen Fassung des ersten Satzes und aus dem unmittelbar folgenden Satze hervor, daß die praescriptio, von deren Aufhebung der Kaiser spricht, dem durch die klägerische Besitzerweiterung gefährdeten Beklagten — praescriptio quae improbi petitoris refenare possit invidiam — als Schutz gedient hatte, der ihm jetzt nicht mehr gewährt war. Das paßt schlecht zur praescr.

[58]) S. 21.

temporis, bei welcher gerade der Beklagte, nicht der petitor, als der improbus zu gelten hätte.

Andrerseits ist es mir völlig unerklärlich, wie Rudorff in der l. 4 eine Gleichstellung der beiden Grenzstreitigkeiten hat ausgesprochen finden können. Doch darin hat er zweifellos Recht: die quinque pedum praescriptio bedeutet die mamilische Vorschrift über den fünffüßigen Grenzraum. Es mag dahingestellt bleiben, ob erst Kaiser Valentinian II in diesem Gesetz die Vorschrift aufgehoben hat, oder ob sie, wie man aus der fast nur beiläufigen Erwähnung zu schließen geneigt sein könnte, bereits durch ein früheres uns nicht erhaltenes Gesetz aus der Zeit von 331 bis 385 beseitigt war, jedenfalls können die Worte nicht anders gedeutet werden, und nur mit dieser Auslegung erklärt sich die ganze Stelle. Als unmittelbare Folge der Aufhebung jener Vorschrift wird hingestellt, daß fortan finalis jurgii vel locorum libera peragatur intentio, d. h. daß die Kontroverse de loco — nicht auch die de fine, wie ich oben ausgeführt habe — frei von Berücksichtigung der mamilischen Vorschrift durchgeführt wird. Man wird annehmen dürfen, daß der Widerspruch gegen die Ersitzung der quinque pedes, der letzten 5 Fuß des ganzen vom Kläger besessenen Areals, seitens des Beklagten durch eine Einrede, im früheren Formularprozeß etwa in Gestalt einer praescriptio pro reo, geltend gemacht wurde. Daß die Worte libera peragatur intentio unseres Gesetzes auf diese Einrede sich beziehen, bestätigt besonders das folgende salva sit igitur .... una praescriptio, quae improbi petitoris refrenare possit invidiam. Aus der Gegenüberstellung von salva und submota ersieht man zur Genüge, daß auch der erste Satz von einer Einrede, quae improbi petitoris refrenare possit invidiam, spricht; welche Einrede könnte das anders sein, als die auf der mamilischen praescriptio quinque pedum beruhende? Nach ihrem Wegfall durch Aufhebung jener Vorschrift bleibt eben nur noch eine auf das gleiche Ziel gehende, ebenfalls gegen die Ersitzung sich richtende Einrede übrig, die dann gegeben ist, si veteribus signis limes inclusus finem congruum erudita arte praestiterit. Das ist aber keine praescriptio rei judicatae, wie Rudorff annimmt, — die erudita ars kann nur die agrimensorische Kunst sein — noch gar eine praescriptio temporis, wie Karlowa meint, im Gegentheil, die Einrede, von welcher Valentinian hier spricht, weist die klägerische Geltendmachung der Ersitzung mit Erfolg zurück,

falls der Sachverständige findet, daß noch vorhandene alte Zeichen, über die hinaus der Kläger besessen hat, die wahre Grenze markiren. Dieser Thatsache gegenüber, fährt der Gesetzgeber fort, soll nicht nur die gewöhnliche Ersitzung, sondern auch eine prolixioris temporis praescriptio seitens des Klägers wirkungslos sein, und es soll der Streit in solchen Fällen — quando — einzig und allein so entschieden werden, wie ein Grenzstreit, in welchem der Sachverständige selbst als Richter fungirt, also wie eine contr. de fine. Das ist sehr klar und natürlich; denn da die vom Kläger behauptete Ersitzung aus dem angegebenen Grunde nicht berücksichtigt wird, handelt es sich nicht mehr um die Frage, wo ist die Grenze zu ziehen, sondern nur noch um die Abmarkung selbst, wie wenn die Lage der Grenze nie streitig gewesen wäre.

Valentinian ist also weit entfernt, durch die l. 4 den Ausschluß der Ersitzung in Grenzstreitigkeiten überhaupt einzuführen. Im Gegentheil — er hebt die Vorschrift des mamilischen Gesetzes und damit die Einrede der Ersitzungsunfähigkeit der quinque pedes in der contr. de loco auf und bestätigt sogar die Möglichkeit der Ersitzung des streitigen Gebietes überhaupt, indem er der einen nur allein noch gegen die Ersitzung sich richtenden Einrede gedenkt. Aber auch insoweit als hiernach die Ersitzung beschränkt wird, ist er es nicht, der diese Beschränkung einführt. Das geht mit voller Bestimmtheit aus dem »salva[59]) sit« hervor; darnach muß es schon vor dem Jahre 385 ein Gesetz gegeben haben, das die Ersitzung und zwar auch die longi temporis praescriptio für diejenigen Fälle ausschloß, welche unsere l. 4 mit den Worten si veteribus signis u. s. w. andeutet. Daß dies thatsächlich der Fall ist, bestätigt uns eine im Hermogenianischen Kodex[60]) erhaltene Konstitution von Valens und Valentinian aus dem Jahre 365:

> Fines etiam, quos temeratos asseverat, amota praescriptione temporis, hi, qui pervaserunt, ut ratio juris est, redhibere cogantur.

Nichts anders besagt diese Konstitution, als was auch jener zweite Satz der l. 4 hervorhebt: falls sichtbare Grenzzeichen überschritten sind, ist die praescriptio longi temporis ausgeschlossen. Mit Recht wird deshalb im Gesetz von 385 — entsprechend dem temeratos fines der

[59]) Offenbar richtiger als sola sit .... una praescriptio.

[60]) c. 9.

Konstitution von 365 — der Kläger ein improbus petitor genannt, wie Einer, dem die bona fides fehlt. Das ist durchaus korrekt. Man darf aber daraus nicht folgern, daß die beiden Gesetze von der Voraussetzung ausgehen, der Besitzer befinde sich in mala fides; denn dann waren ja überhaupt die Erfordernisse der Ersitzung nicht gegeben und bedurfte es eines Ausspruches dessen, was die Kaiser wirklich hervorheben, überall nicht. Wohl aber darf man annehmen, daß der Zweck der in den beiden Stellen dokumentirten Vorschrift war, den schwierigen Beweis der mala fides durch den Nachweis des Vorhandenseins von Zeichen, welche der wahren Grenze entsprachen, zu ersetzen, und insofern konnte man sehr wohl den Besitzer, der die sichtbaren Grenzzeichen thatsächlich überschritten hatte — gleichgültig, ob bewußt oder unbewußt —, dem malae fidei possessor gleichstellen und als improbus bezeichnen.

Hat nun auch, wie gesagt, die beregte Beschränkung der Ersitzung nicht erst Valentinian in dem Gesetz vom Jahre 385 eingeführt, so zeigt doch die l. 4 nach dem Futurum „habebit" zu urtheilen, außer der Aufhebung der praescriptio quinque pedum, einen anderen Fortschritt. Nach dem früheren Recht scheint die Einrede der sichtbaren Grenzzeichen nur die usucapio und die longi temporis praescriptio unwirksam gemacht zu haben und war dagegen ein Besitz von längerer Dauer wohl gegen die Macht jener Einwendung geschützt. In dem dritten Satz der l. 4 scheint Valentinian aber die prolixioris temporis praesciptio in dieser Beziehung der longi temporis praescriptio gleichgestellt zu haben, so daß von nun an gegenüber dem Nachweis sichtbarer, der wahren Grenzlinie entsprechender Zeichen die Berufung auf jede Ersitzung ausgeschlossen war.

Mit der hier angenommenen Auslegung der l. 4 C. Th. 2. 26 stimmt auch die l. 5 eodem genau überein.

> Cunctis molitionibus et machinis amputatis finalibus jurgiis ordinem modumque praescripsimus. ac de eo tantum spatio, hoc est pedum quinque, qui veteri jure praescripti sunt, sine observatione temporis arbitros jussimus judicare. Quodsi loca in controversiam veniant, sollenniter judices recognoscent.

Rudorff's Annahme, die Kaiser Theodosius, Arcadius und Honorius hätten in der Einsicht, daß man mit der Aufhebung der quinque pedum

praescriptio in der l. 4 einen Mißgriff begangen habe, schon im Jahre 392 sich genöthigt gesehen, das alte Grenzscheiderecht wiederherzustellen, entbehrt jeder Begründung. Ihr widerspricht, wie schon Karlowa anführt, insbesondere die Perfektform „praescripsimus", die ohne Zweifel auf frühere Verordnungen, vermuthlich auf die l. 4 und 3 C. Th. eod., zurückverweist. Vor Allem aber scheint mir in der l. 5 klar zum Ausdruck gebracht zu sein, daß das Recht der quinque pedes nicht mehr besteht, indem die Kaiser es mit dürren Worten — qui veteri jure praescripti sunt — als antiquirt bezeichnen. Nur so scheint jener Relativsatz verständlich und angebracht, während es doch fürwahr mindestens eine außerordentliche Abgeschmacktheit zu nennen wäre, hätten die Kaiser, wenn sie von dem Institut der quinque pedes als einem noch jetzt geltenden sprachen,[61]) die faden Worte, qui veteri jure praescripti sunt, hinzugefügt.

Aber auch was von der observatio temporis gesagt ist, wird auf diese Weise verständlich, und entspricht dem Inhalt der l. 4. Darnach ist die Berücksichtigung der Ersitzung keineswegs ausgeschlossen, vielmehr wird der Beamte, an den das Gesetz gerichtet ist, darauf hingewiesen, daß auch in früherer Zeit, als noch die mamilische Vorschrift der quinque pedes galt, nur bez. dieses fünffüßigen Raumes der Berufung auf Ersitzung der Erfolg versagt war. Es ist wohl zu beachten, daß — entsprechend dem »praescripsimus« und dem »veteri jure praescripti« — wiederum die Perfektform »jussimus« gewählt ist. Erst der folgende mit »quodsi«[62]) beginnende futurische Satz enthält, was fortan Rechtens ist, daß nämlich die Richter sollenniter, also auch mit Berücksichtigung der Ersitzung, entscheiden. Wie die l. 4 so bestätigt auch die l. 5 leg. cit. die Zulässigkeit der Berufung auf Ersitzung in der contr. de loco, nur hatte sie nicht, wie das ältere Gesetz, Veranlassung, der von dem Gegner geltend zu machenden Einrede der sichtbaren Grenzzeichen zu gedenken; ihr kam es darauf an, den offenbar durch die Worte der l. 4 »nec vero prolixioris temporis in hujusmodo jurgiis locum habebit ulla praescriptio« bedenklich gewordenen Beamten dahin zu belehren, daß, nachdem die quinque pedum praescriptio nunmehr antiquirt sei, eine völlige Nichtbeachtung der Er-

[61]) So Karlowa S. 157.

[62]) Quodsi bedeutet hier nicht „wenn aber", sondern „wenn also".

sitzung, wie sie eben für den fünffüßigen Raum, aber auch nur für diesen, gegolten, nicht mehr stattfinde.

Durch die Aufhebung der mamilischen Vorschrift erklärt es sich, daß von den quinque pedes in den Digesten keine Spur mehr enthalten ist, daß die l. 3 C. Th. 2. 26, sowie der von dem spatium quinque pedum handelnde Theil der l. 5 eod. in den justinianischen Kodex nicht mitaufgenommen sind, und jener Vorschrift überhaupt nur ganz beiläufig einmal in der l. 5 C. 3. 39 Erwähnung gethan wird,[63]) was wohl an und für sich schon dagegen spricht, daß erst Justinian, wie Rudorff meint, sie definitiv beseitigt habe. Eine tiefgreifende Aenderung aber hat er rücksichtlich der Grundsätze der observatio temporis in Grenzscheidungssachen vorgenommen.

Vergegenwärtigen wir uns kurz den Gang der Entwicklung. Ursprünglich war nach den XII Tafeln die Ersitzung in der contr. de loco — die de fine kam nach den früheren Ausführungen hierbei nicht in Betracht — bezüglich des fünffüßigen Raumes gänzlich ausgeschlossen, hinsichtlich der über 5 Fuß hinausgehenden Fläche aber unbeschränkt zugelassen. Erst in der späteren Kaiserzeit trat zunächst in letzterer Beziehung eine Aenderung ein, indem man der Ersitzung gegenüber die Einrede der sichtbaren Grenzzeichen zuließ, jedoch wohl mit der Einschränkung, daß man gegenüber einem mehr als zehn- oder zwanzigjährigen Ersitzungsbesitz der Einrede die Kraft versagte. Als dann — spätestens im Jahre 385 — die mamilische Vorschrift über den fünffüßigen Grenzraum aufgehoben wurde, war die Ersitzung des ganzen besessenen Areals möglich und wirksam, soweit nicht die Einrede der vorhandenen Grenzzeichen ihr entgegenstand, die jetzt durch Valentinian, Theodosius und Arcadius eine Erweiterung derart erhielt, daß sie auch gegenüber einem Besitzstande von längerer Dauer wirksam wurde.

Es ist von Interesse hier zu erwähnen, daß dieser Rechtszustand, der sich im oströmischen Reich bis Justinian erhalten hat, hinsichtlich des Vorzugs vorhandener wahrer Grenzzeichen gegenüber dem Besitzstande ziemlich genau den im Westen geltenden Normen entspricht, die uns in der lex[64]) Visigothorum Buch X. Titel 3. IV erhalten sind. Dort heißt es:

[63]) Mit den Worten der l. 4 C. Th. 2. 26: Quinque pedum praescriptione submota finalis jurgii vel locorum libera peragatur intentio.

[64]) Walter, corp. jur. Germ. Bd. I S. 625.

Si quis intra terminos alienos, per absentiam aut per ignorantiam Domini, partem aliquam forte possederit: statim cum per antiqua signa evidentibus[65]) inspectoribus fines loci alterius cognoscuntur, amittat Domino reformanda; nec contra signa evidentia debitum dominium ullum longae possessionis tempus excludat. sed hoc si ex his contendentibus unius possessoris sive auctorum ejus dominium reperiatur advenisse postremum. nam si tanta tempora excesserint, ut nec ipsi nec auctores eorum noverint, cujus primum aut dominium aut possessio fuit, sed nec per testem nec per scripturam potuerit postremus possessor ostendi: unusquisque, quod possidet, irrevocabiliter possidebit.

Jener etwa 150 Jahre hindurch im Osten bestehende Rechtszustand wurde nun von Justinian zwar nicht beseitigt, aber doch wesentlich modifizirt, indem er, das frühere Prinzip streng im Auge behaltend, gleichsam die Ausnahme zur Regel, die Regel zur Ausnahme machte. Dies geschah in der l. 6 C. 3. 39, deren Anfangsworte er der l. 5 C. Th. 2. 26 entlehnte:

Cunctis molitionibus et machinationibus amputatis decernimus, in finali quaestione non longi temporis sed triginta tantummodo annorum praescriptionem locum habere.

Wer früher mit der a°. fin. reg. auf Abmarkung bezw. Mitwirkung zur Abmarkung einer erweiterten Grenze klagte, konnte sich beim Streit um die Lage der Grenze unbeschränkt auf Ersitzung berufen, nur wurde er allemal — ohne Rücksicht auf die Dauer des Besitzes — zurückgewiesen, wenn dem Gegner der Nachweis gelang, daß die noch vorhandenen Zeichen der bisherigen wahren Grenze entsprachen. Jetzt bedurfte der Beklagte der Einrede nicht mehr; denn der Kläger konnte sich, selbst wenn keine sichtbaren Grenzzeichen vorhanden waren, überhaupt nicht im Grenzstreit auf die ordentliche Ersitzung berufen. Ebensowenig drang er mit seiner Klage durch, wenn er einen dreißigjährigen Besitzstand aufzuweisen hatte; denn auch der außerordentlichen Ersitzung wollte Justinian im Grenzstreit keine Geltung lassen. Nur dem Beklagten, der 30 Jahre hindurch ein Stück nachbarlichen Ackers in Be-

[65]) Man liest: evidentia ab inspectoribus .... reformandam. s. Rudorff, Zeitschrift S. 404.

sitz hatte, gab[66]) er zum Schutz gegen die actio finium regundorum, die also voraussetzte, daß die vom Kläger behauptete Grenze unabgemarkt war, eine triginta annorum praescriptio.[67])

Dem Kläger dagegen stand, wie gesagt, die Berufung auf solchen Besitz nicht zu. Dies war in dem Fall, wo die der bisherigen Grenze entsprechenden Markzeichen noch vorhanden waren, nichts neues. Schon vor Justinian's Verordnung galt ja das Prinzip: Gegen sichtbare Grenzzeichen keine Ersitzung. Nicht abschwächen, sondern vielmehr erweitern wollte Justinian diesen Hauptgrundsatz, indem er die Ersitzung ganz ausschloß, um hierdurch der wiederaufgefundenen Grenze um so sicherer zur Anerkennung zu verhelfen. Entsprach es nun auch wohl dem praktischen Bedürfniß, unter gewissen Voraussetzungen dem mindestens dreißigjährigen Besitzstande da den Vorrang zu lassen, wo sichtbare Grenzzeichen nicht vorhanden waren, so durfte doch unter keinen Umständen das einmal gewonnene Prinzip der unbedingten Anerkennung vorhandener Grenzzeichen durch Verstattung der Berufung auf außerordentliche Ersitzung durchbrochen werden, und andererseits gebot die Konsequenz, sie auch da auszuschließen, wo die bisherigen Grenzzeichen nicht nachzuweisen waren, und zwar mit nicht geringerem Recht als die Berufung auf die ordentliche Ersitzung, die ja mit dürren Worten ganz und gar untersagt war. Daß Justinian nur die longi temporis praescriptio verbot und nicht auch der sog. außerordentlichen Ersitzung ausdrücklich gedachte, war ganz natürlich, einmal, weil er die letztere erst wenige Jahre vorher, im Jahre 528, geschaffen hatte, von der Möglichkeit einer Berufung auf dieselbe im Grenzstreit — selbst seit dem Jahre 528 — also kaum hatte die Rede sein können, andererseits, weil für Justinian die außerordentliche Ersitzung Nichts als eine Verjährung der Eigenthumsklage war, deren Geltendmachung mittels Einrede gegen die persönliche a°. fin. reg. nicht denkbar erscheinen konnte.

§ 7.

Fortsetzung.

Die Verjährung der actio finium regundorum.

Aus dem soeben gedachten Grunde ist dann auch unter der am Ende der l. 6 C. 3. 39 erwähnten triginta annorum praescriptio

[66]) Aber nicht des Besitzes wegen. s. die folgende Note.

[67]) Siehe unten S. 41.

nicht etwa die Geltendmachung der außerordentlichen Ersitzung, sondern Nichts anderes als die gewöhnliche Klagenverjährung, die Verjährung der a°. fin. reg. zu verstehen. Daß diese Klage überhaupt der dreißigjährigen Verjährung unterlag, spricht Justinian ausdrücklich an anderer Stelle aus.

> C. 7. 40. 1. 1d. Nemo itaque audeat neque actionis familiae erciscundae neque communi dividundo neque finium regundorum . . . vitam longiorem esse triginta annis interpretari.

Und übrigens scheint es mir aus den von Karlowa[68]) angeführten Gründen nicht zweifelhaft, daß nicht erst Justinian die Verjährung der a°. fin. reg. eingeführt hat,[69]) daß vielmehr schon Valentinian III die von Theodosius II in der l. un. C. Th. de act. cert. temp. finiendis (4. 14) statuirte Ausnahme von der allgemeinen Klagenverjährung

> petitio finium regundorum in eo scilicet, quod nunc est, jure durabit.

beseitigt hat.

Schwierigkeit bietet aber die Frage: wann beginnt der Lauf der Verjährung? wann ist actio nata? Daß die Klage nicht schon dann verjährt ist, wenn überhaupt nur die benachbarten Grundstücke 30 Jahre hindurch gegeneinander unabgegrenzt geblieben sind, versteht sich eigentlich von selbst,[70]) wie es denn ja auch wohl außer allem Zweifel ist, daß z. B. die Theilungsklage nicht schon in Folge dreißigjährigen Bestehens der Gemeinschaft verjährt ist. Der Grund ist aber nicht, wie Wiederhold annimmt, der, daß solche Verjährung keine Festigkeit und Sicherheit der Rechtsverhältnisse begründen, sondern einen Zustand befestigen würde, der die Kommunionen verewigte und fortwährende widerrechtliche Grenzüberschreitungen begünstigte; darin könnte man nur eine Veranlassung finden, für die Unverjährbarkeit dieser Klagen einzutreten. Der Grund, weshalb Gemeinschaft und Unabgegrenztheit an sich die a°. comm. divid. und fin. reg. noch nicht entstehen und deshalb den Lauf der Verjährung noch nicht beginnen lassen, liegt vielmehr in der

---

[68]) a. a. O. S. 157 f.

[69]) So mit der allgemeinen Meinung, z. B. Wiederhold in der Zeitschrift für Civ. R. u. Pr. Bd. 13 S. 65.

[70]) So auch Wiederhold a. a. O. S. 64.

Wesenheit des Anspruchs selbst, in der Gegenseitigkeit der Berechtigung und Verpflichtung, nämlich darin, daß jeder der Betheiligten nur zur Mitwirkung verpflichtet ist. Wie die a°. comm. div. nicht darauf geht, daß der Gegner allein theile, sondern darauf, daß gemeinschaftlich mit dem Genossen getheilt werde, so verlangt der Kläger mit der a°. fin. reg. nicht, daß der Nachbar allein die Grenze aufrichte — was nach älterem Rechte ja nicht einmal faktisch durchführbar war —, sondern daß er mit ihm zusammen die Abmarkung vornehme. Solange die Nachbarn ohne Grenzmarkzeichen neben einander leben und ausdrücklich oder stillschweigend erklären, daß ihnen um förmliche Abmarkung nicht zu thun sei, liegt Keinem eine Verpflichtung zur Mitwirkung ob, und böte Einer sie dem Andern an, so handelte er nicht gemäß einer Verpflichtung, sondern machte er nur von einem Recht Gebrauch, indem er selbst damit die Mitwirkung des Nachbars in Anspruch nähme. Die Mitwirkung als Verpflichtung gedacht setzt also ein ausdrückliches oder stillschweigendes Erfordern derselben seitens eines der Betheiligten voraus. In dem Augenblick mithin, wo ein Genosse den andern zur Theilung, ein Nachbar den andern zur gemeinschaftlichen Abmarkung auffordert oder in anderer Weise seinen auf Theilung oder Abmarkung gerichteten Willen zu erkennen giebt, ist die a°. communi divid. und finium reg. »nata«. Aber selbstverständlich ist es nicht nur die Erklärung des auf Abmarkung gerichteten Willens, welche die Nativität a°. fin. reg. begründet, sondern auch die Aeußerung eines entgegengesetzten, insbesondere dem bisherigen Verhältniß und beiderseitigen Einverständniß widersprechenden Willens. So gelangt zweifellos das Klagerecht zur Entstehung, wenn der eine Nachbar erklärt, eine Verpflichtung zur Mitwirkung bei etwaiger Abmarkung überhaupt nicht anzuerkennen, oder auch nur niemals da zur Abmarkung mitzuwirken, wo nach der Behauptung des andern Nachbars die Grenze sei; ersteres würde hauptsächlich für die contr. de fine, letzteres nur für die contr. de loco von Bedeutung sein. Die Verjährung läuft hier also z. B. schon von dem Moment an, wo unter den Nachbarn Streit über die Lage der Grenze ausbricht, und zwar, je nachdem eine Partei sich auf vorhandene Grenzzeichen beruft oder nicht, nur für den Gegner oder für beide Parteien. Weiter beginnt die Verjährung für den einen Nachbar, sobald der andere über die bisher beiderseits anerkannte Grenze hinaus Land in Besitz nimmt: denn er zeigt damit, daß er die bisherige Grenze

nicht mehr anerkennt, daß er zu ihrer Abmarkung nicht mitwirken werde. Insofern also kann ein dreißigjähriger Besitzstand, indem er die Einrede der Verjährung der a°. fin. reg. begründet, der auf Abmarkung der alten Grenze dringenden Klage entgegenstehen.[71]) Es ist aber wohl zu beachten, daß es nicht der Besitzstand als solcher ist, der zur Abweisung der Klage führt. Hatten z. B. in den ersten zehn Jahren des Besitzes die Grenzzeichen noch bestanden und wurden sie erst dann entfernt, so begann natürlich erst von diesem Moment an die Verjährung zu laufen, da der Kläger ja keinen Anspruch auf Abmarkung hatte, so lange die von ihm behauptete Grenze abgemarkt war. Es konnte daher in solchem Fall wie auch bei Unterbrechung der Klagenverjährung der dreißigjährige Besitz den Beklagten nicht schützen.

Das ist also das Ende der mit der l. 6 C. 3. 39 abschließenden Entwickelung: Ausschluß jeder Ersitzung und Zulassung nur der dreißigjährigen Verjährung der actio finium regundorum, das Ziel, auf das m. E. schon die kaiserliche Gesetzgebung des vierten Jahrhunderts hinstrebte, das auch dem wirklichen Wesen der a°. fin. reg. durchaus entsprach. Vergeblich habe ich versucht, mich mit der herrschenden Meinung[72]) zu befreunden, nach welcher Justinian die Berufung auf außerordentliche Ersitzung im Grenzstreit zugelassen haben soll. Doch auch abgesehen von der historischen Entwicklung spricht Alles gegen diese Auffassung. Muß es z. B. nicht auffallen, daß nirgends sonst in den Quellen uns die Zulässigkeit der Berufung auf außerordentliche Ersitzung — gegenüber dem Ausschluß der ordentlichen Ersitzung — bezeugt wird? Vor allem aber lag für Justinian nicht der geringste Grund vor, anders als die ordentliche Ersitzung die außerordentliche im Grenzstreit zuzulassen. Wohl gab es ja viele Sachen, für welche nicht die zehn- oder zwanzigjährige, sondern nur die dreißigjährige Ersitzung galt. Aber Niemand möchte doch wohl im Ernst behaupten[73]), daß zu diesen der ordentlichen Ersitzung entzogenen Sachen auch das zu beiden Seiten der Grenze zweier Nachbargrundstücke liegende Areal gehöre; folgerecht wären natürlich Nachbargrundstücke ganz und gar der ordentlichen Ersitzung entzogen. Oder will man jene Entziehung

[71]) Siehe oben S. 38.
[72]) Vergl. Dernburg, Pand. I § 220 u. § 229; Windscheid II § 450.
[73]) Anscheinend allerdings Dernburg, Pand. § 220.

der ordentlichen Ersitzungsfähigkeit auf *streitiges*[74]) Grenzland beschränken? Darin läge zum Theil etwas selbstverständliches, da in Folge des Streites oftmals die bona fides des Besitzers ausgeschlossen sein wird. Die Beschränkung auf streitiges Grenzland findet aber in der l. 6 C. keine Stütze, vielmehr unterliegt es keinem Zweifel, daß die Berufung auf ordentliche Ersitzung auch dann ausgeschlossen ist, wenn sie *vollendet* war, *bevor* ein Streit über die Grenze unter den Parteien ausbrach.

Doch nicht im entferntesten hat Justinian daran gedacht, das Land neben der Grenze der Ersitzung ganz und gar zu *entziehen*. Niemandem war es benommen, die gegen den Nachbar gerichtete Eigenthumsklage auf ordentliche oder außerordentliche Ersitzung zu gründen und die vom Gegner erhobene rei vindicatio mit der longi temporis oder triginta annorum praescriptio zurückzuweisen; nur im *Grenzstreit* sollte man sich nicht auf dieselbe berufen, in finali quaestione non ... locum habere. Das war in dem Wesen der a°. fin. reg. begründet. Handelte es sich doch nicht um Mein und Dein, sondern um die Verpflichtung zur Mitwirkung bei der Grenzziehung und — bei der contr. de loco — in zweiter Linie um die Frage: wo liegt die Grenze? Aber auch die letztere ist keineswegs identisch mit der Frage nach dem Eigenthum. Wenn nun auch die Bezugnahme auf Eigenthumserwerbsgründe durchaus zulässig ist, so beschränkt sich dies doch, dem eigentlichen Gegenstande der Klage entsprechend, auf diejenigen Erwerbsgründe, welche, wenn auch nur indirekt, zugleich die Grenzfrage regeln, mithin, da die Grenze zwischen zwei Grundstücken nicht von einem Nachbar allein bestimmt werden kann, vorzüglich auf diejenigen Erwerbsgründe, welche in zweiseitigen Rechtsgeschäften beruhen. Das ist denn auch in den Quellen mehrfach zum Ausdruck gekommen. So z. B. in l. 11 D. h. t.:

> In finalibus quaestionibus vetera monumenta census auctoritas ante litem inchoatam ordinati sequenda est, modo si non varietate successionum et arbitrio possessorum fines additis vel detractis agris postea permutatos probetur.

und desgleichen in l. 2 C. h. t:

---

[74]) Dernburg a. a. O.

Successionum varietas et vicinorum novi consensus, additis vel detractis agris alterutro, determinationis veteris monumenta saepe permutant.

In dem »arbitrium possessorum« und dem »vicinorum consensus« ist wohl hinreichend deutlich das Erforderniß der Zweiseitigkeit der Grenzbestimmung hervorgehoben. Kann schon aus diesem Grunde in der »successionum varietas« nicht jeder Eigenthumswechsel überhaupt verstanden werden, so weist speziell auch der Ausdruck »successionum« zur Genüge darauf hin, daß nur die auf Rechtsnachfolge, insbesondere auf Singularsuccession, also auf Zweiseitigkeit beruhende Eigenthumsveränderung bezielt ist. Mit guten Gründen war deshalb durch Justinian die Ersitzung, und zwar die außerordentliche wie die ordentliche, von der Berücksichtigung im Grenzstreit ausgenommen, da der auf ihr beruhende Eigenthumserwerb eine nur einseitige, also rechtlich bedeutungslose Grenzbestimmung involvirt.

Rechtfertigt sich so nach der hier vertretenen Auffassung von dem Wesen und dem Gegenstand der a°. fin. reg. die Nichtberücksichtigung der Ersitzung im Grenzstreit de loco, in dem allein sie hätte in Betracht kommen können, vollkommen, so steht demgegenüber die herrschende Lehre, wenn sie in der a°. fin. reg. eine Klage auf Entwirrung der Eigenthumsverhältnisse sieht, hinsichtlich der Ausschließung der ordentlichen Ersitzung entweder vor einem ungelösten und unlösbaren Räthsel, oder sie muß anerkennen, daß sie mit der l. 6 C. 3. 39 nicht zu vereinigen ist.

§ 8.

Controversia de loco und rei vindicatio.

Mit der Aufhebung der mamilischen Vorschrift über den fünffüßigen Grenzraum durch die l. 4 C. Th. 2. 26 war natürlich der Unterschied zwischen der contr. de fine und der contr. de loco nicht beseitigt. Zu dieser Annahme muß man allerdings gelangen, wenn man die contr. de fine mit der herrschenden Ansicht als den Grenzstreit intra quinque pedes betrachtet, der in Folge jenes valentinianischen Gesetzes also völlig in der contr. de loco aufging. Nach dem oben dargestellten Charakter der a°. fin. reg. und entwickelten Unterschied zwischen den beiden Grenzkontroversen konnte der Wegfall der gedachten Vorschrift wesentlich nur die contr. de loco tangiren, weil nur bei

ihr die Unersitzbarkeit der quinque pedes in Frage kam, während die contr. de fine nur insofern berührt wurde, als der Streit jetzt nicht mehr die Abmarkung des der Lage nach unstreitigen Grenzsaumes von 5 Fuß Breite, sondern der einen unter den Parteien feststehenden Grenzlinie betraf.

Daß mit der Zeit die contr. de loco gegenüber derjenigen de fine immer mehr an Bedeutung gewonnen hatte, und daß die letztere jetzt nach Aufhebung der mamilischen Vorschrift noch mehr in ihrer praktischen Anwendbarkeit zurückging, da nun bei Streitlosigkeit des Grenzzugs ein Nachbar allein in der Lage war, die Grenze abzumarken, leuchtet m. E. ein. Daraus erklärt es sich denn leicht, daß die Pandekten — nicht, wie Karlowa behauptet, nur von der contr. de fine sondern — fast nur von der contr. de loco handeln, zumal da ja bei ihr die weit wichtigeren Fragen auftauchten, und andererseits alle für die contr. de fine geltenden Grundsätze auch für die contr. de loco normirten. Von einer Beseitigung der contr. de fine schon im römischen Recht kann aber nicht die Rede sein, nur das kann man zugestehen, daß im späteren römischen Recht die contr. de loco die gewöhnlichere und bei weitem wichtigere Grenzstreitigkeit war, um so mehr als sie in ihrem Erfolge häufig die Eigenthumsklage vertrat, pro vindicatione rei war, woher es denn auch kommen mag, daß sie bisweilen von nicht juristischen Schriftstellern[75]) mit der rei vindicatio identifizirt wird. Diese Auffassung, auf welche neuere Schriftsteller[76]) zurückgekommen sind, ist schon oben hinreichend abgewiesen worden. Ich will indeß, da es doch noch einer kurzen Darstellung des Verhältnisses der contr. de loco zur Eigenthumsklage bedarf, an dieser Stelle noch mit einigen Worten auf dieselbe eingehen.

Mit Unrecht beruft Karlowa sich auf Frontin 43, 22—44, 3:

> Cum enim modum loci nulla forma[77]) praescribit et controversia oritur, solent quidam per imprudentiam mensores arbitros conscribere aut sortiri judices finium regundorum causa, quando in re praesenti plus quidem, quam de fini regundo agatur; sic fit, ut post sententia

[75]) So schon von Frontin und Hygin, wie es scheint. Vergl. Karlowa S. 145.

[76]) Siehe oben S. 16 f.

[77]) Ueber die Bedeutung der »forma« vergl. z. B. Max Weber a. a. O. S. 72.

irrita sit et rescindi possit quod aut judex aut arbiter pronuntiaverint, neque ullum commissum faciat qui sententiam non sit secutus, quando de alia re judicem aut arbitrum sumpserint.

Offenbar wird hier ja die contr. de loco der contr. de modo und derjenigen de fine gegenübergestellt. Keineswegs aber wird ausgesprochen, daß die contr. de loco nicht unter die formula finium regundorum falle. Die Entscheidung ist nichtig, weil sie von Richtern erlassen, die für dieselbe — de alia re gehört m. E. nicht zu sumpserint, sondern zu judicem aut arbitrum — nicht zuständig waren. Daß die contr. de loco einen ganz andern Gegenstand habe als die contr. de fine, wird nicht gesagt; im Gegentheil, Frontin spricht deutlich aus, daß sie nur auf mehr als bloße Grenzaufrichtung gehe — plus quidem quam de fini regundo agatur —, diese also mitumfasse. Was ist denn Gegenstand der am Anfang der Stelle erwähnten »controversia«, die Frontin als eine solche »de loco« bezeichnet? Nach meiner Ansicht bedeutet »controversia« hier „der Streit", nämlich denselben Streit, von dem der unmittelbar voraufgehende Abschnitt »de fine« handelt, von dem er sich nur dadurch unterscheidet, daß »modum loci nulla forma praescribit«, daß also die Größe der Grundstücke, mithin die Lage der Grenzlinien unter den Parteien nicht feststeht. Bei solcher Sachlage konnte man sehr wohl aus Unkenntniß auf die Idee verfallen, es hätten hier als Richter diejenigen zu fungiren, die für den Streit um den modus agri oder für den Streit de fine kompetent waren. Man bedachte dabei nicht, daß Gegenstand des Streites Abmarkung und Lage des Finis sei.

Zuzugeben ist übrigens, daß die Stelle, insbesondre auch in Beihalt der darauf folgenden Worte Frontin's (44, 4—12), zu Zweifeln darüber Anlaß geben kann, ob nicht der Ausdruck controversia »de loco« in einem weiteren Sinne auch die Eigenthums- und Besitzklage bezeichnete.

Unbegründet ist auch Karlowa's [78]) Berufung auf l. 3 C. Th. 2. 26:

Si finalis controversia fuerit, tunc demum arbiter non negetur, cum intra quinque pedes locum, de quo agitur, apud Praesidem esse constiterit: cum de majore spatio

[78]) a. a. O. S. 146.

causa quaedam, non finalis, sed proprietatis, apud ipsum Praesidem debeat terminari.

Man mag hier unbedenklich unter dem Streit, der sich auf den locus intra quinque pedes bezieht, die controv. de fine verstehen,[79]) jedenfalls ist von der contr. de loco im Gegensatz zu jener Streitsache nur gesagt, sie sei eine causa quaedam non finalis sed proprietatis, d. h. gewissermaßen kein Grenzstreit, sondern ein Eigenthumsstreit, womit gerade ihr eigentlicher Charakter als causa finalis wohl hinreichend deutlich gekennzeichnet ist. Hierher gehört auch die aus der l. 1 C. Th. fin. reg.[80]) herübergenommene l. 3 C. 3.39, welche die verschiedensten Auslegungen gefunden hat.

Si quis super juris sui locis prior de finibus detulerit quaerimoniam, quae proprietatis controversiae cohaeret, prius super possessione quaestio finiatur et tunc agrimensor ire praecipiatur ad loca, ut patefacta veritate hujusmodi litigium terminetur. Quodsi altera pars, ne hujusmodi quaestio terminetur, se subtraxerit, nihilo minus agrimensor in ipsis locis jussione rectoris provinciae una cum observante parte hoc ipsum faciens perveniet.

Bald findet man hierin die Vorschrift einer provisionalen Ermittelung des Besitzstandes vor der Entscheidung über die Eigenthumsfrage,[81]) bald die Zulässigkeit der Verbindung der a°. fin. reg. mit der rei vindicatio ausgedrückt.

Weber[82]) versteht die Stellen wiederum von zwei neben einanderlaufenden Kontroversen, nämlich de loco — und zwar als Besitzstreit

---

[79]) Vergl. darüber oben S. 21.

[80]) Si quis super invasis sui juris locis prior detulerit quaerimoniam, quae finali cohaeret de proprietate controversiae, prius super possessione quaestio finiatur et tunc agrimensor ire praecipiatur ad loca, ut patefacta veritate hujusmodi litigium terminetur. Quodsi altera pars, locorum adepta dominium, supterfugiendo moras attulerit, ne possit controversia definiri, a locorum ordine selectus agrimensor dirigatur ad loca. ut, si fidelis inspectio tenentis locum esse probaverit, petitor victus abscedat: at si controversia ejus claruerit, qui primo judiciis detulerit causam etc.

[81]) So Wiederhold S. 53, Sternberg in Linde's Zeitschrift XVII S. 434.

[82]) a. a. O. S. 92.

— und de modo, während Karlowa[83]) speziell in dem Theodosianischen Gesetz wegen des Erfordernisses der vorausgehenden Erledigung des Besitzstreites den Beweis der Identität der contr. de loco mit der rei vindicatio erblickt. Allerdings handelt auch nach meiner Ansicht die l. 3 C. 3.39 — wie die l. 1 C. Th. 2.26 — von der contr. de loco, was gerade in den Worten »quae proprietatis controversiae cohaeret» im Gegensatz zur andern quaerimonia de finibus, bei welcher die Eigenthumsfrage nicht berührt wird, der contr. de fine, in durchaus zutreffender Weise zum Ausdruck gelangt ist. Dagegen ist von einer vorgängigen Regulirung der Besitzverhältnisse nicht im entferntesten die Rede; denn wie Hesse[84]) richtig ausgeführt hat, kann unter der possessionis quaestio nur die Eigenthumsfrage verstanden werden, worauf besonders die Worte »patefacta veritate» hindeuten, die sich nur auf die Entscheidung des Richters über die possessionis quaestio beziehen können, nicht aber, obwohl es sprachlich denkbar wäre, auf die Thätigkeit des Agrimensors, da diese weder in der contr. de loco noch gar in der rei vindicatio zu einer patefactio veritatis führt. Daß eine solche sich aber — um welchen Streit auch immer es sich in der l. 3 C. handeln mag — aus der Ermittlung des bloßen Besitzstandes ergebe, wird Niemand behaupten können.

Somit spricht die Stelle hinsichtlich des Verfahrens bei der contr. de loco nur aus, daß zunächst das beiderseitige Eigenthum — sc. soweit es im Grenzstreit beachtlich ist, also mit Ausschluß der Ersitzung — ermittelt werde, und sodann je nach dem Ergebniß der Ermittlung durch Abmarkung seitens des Agrimensors der Grenzstreit erledigt werde.

Ganz eklatant gegen die behauptete Identität der beiden Klagen spricht die Zulässigkeit der Adjudikation bei der a°. fin. reg., während sie bei der rei vindicatio bekanntlich nicht vorkommt. Karlowa beugt diesem Einwurf allerdings dadurch vor, daß er die Adjudikationsbefugniß des Grenzrichters nur bei der contr. de fine anerkennt.[85]) Dies entspricht jedoch nicht den Quellen, aus denen nicht nur solche Beschränkung nicht ersichtlich ist, sondern sogar deutlich die Zulässigkeit der Adjudikation in der Kontroverse de loco hervorgeht. Ich will

[83]) S. 153.
[84]) S. 166.
[85]) a. a. O. S. 152.

mich dafür zwar nicht auf l. 4 D. h. t. berufen, in der man aus den Worten

> si alter fundus duorum, alter trium sit, potest judex uni parti adjudicare locum de quo quaeritur ....

auf eine contr. de loco zu schließen geneigt sein könnte; denn in Wirklichkeit ist meiner Ansicht nach der »locus de quo quaeritur« nicht das Terrain, bezüglich dessen die Parteien etwa über das Eigenthum streiten, sondern die Fläche, die einer Partei adjudizirt werden soll, so daß nicht zu erkennen ist, ob es sich um einen Streit de fine oder de loco handelt. Deutlich indeß spricht sich aus l. 4 pr. ibidem:

> Sed et loci unius controversia in partes rescindi adjudicationibus potest, prout cujusque dominium in eo loco judex compererit.

Denn wenn ich auch hier auf den Ausdruck »loci«, der für Rudorff[86]) ausschlaggebend ist, wenig Gewicht legen will, so daß ich auf die streitige Auslegung[87]) des »loci unius« nicht einzugehen brauche, so geht doch aus den Schlußworten klar hervor, daß es sich um einen Streit auch über die Lage der Grenze, also um eine contr. de loco handelt. Damit ist der Auffassung, daß die letztere eine bloße rei vindicatio sei, der Todesstoß gegeben.

§ 9.

Die adjudicatio des Richters im Grenzstreit.

In der Möglichkeit der Adjudikation bei der a°. fin. reg. wird stets eine der hauptsächlichsten Abweichungen von der Eigenthumsklage gefunden. In der That — ein merkwürdiger Unterscheidungspunkt, wenn man mit der herrschenden und fast allgemeinen Lehre die Adjudikation als dasjenige Mittel des Richters, der das Eigenthum des Einen oder Andern nicht feststellen kann, betrachtet, mit welchem er „den gordischen Knoten durchhaut und den streitigen und ungewissen Grenzraum zwischen beiden Theilen (gleich) theilt".[88]) Ein praktisches Mittel für einen Laien, der in möglichst einfach schlichter Weise einen Streit

---

[86]) Zeitschrift Bd. X S. 378.

[87]) Vergl. Karlowa a. a. O. S. 142 f., dessen Auslegung übrigens schwerlich richtig sein dürfte.

[88]) Hoffmann im Archiv f. ziv. Pr. Bd. 31 S. 512. Vergl. auch seine wenig fruchtbare Erörterung in Bd. 35 daselbst S. 350 ff.

aus der Welt schaffen will, aber ein trauriger Behelf für einen Richter, der „von Rechts wegen" erkennen soll. Und warum ist dieser Ausweg nicht auch für die rei vindicatio zugelassen? Gelangt der Richter bei der Grenzscheidungsklage zu einem »non liquet« in Betreff der Eigenthumsverhältnisse, so würde er doch zu demselben »non liquet« gelangt sein, wenn anstatt der a°. fin. reg. die rei vindicatio angestellt worden wäre. Ein Grund, die Adjudikation in jenem Sinne bei der einen Klage zuzulassen und bei der andern zu versagen, ist nicht vorhanden. Das allein schon muß mindestens die erheblichsten Bedenken gegen die Richtigkeit der herrschenden Lehre begründen. Ich glaube aber weiter nachweisen zu können, daß die Quellen ihr positiv widersprechen.

Zunächst geht aus ihnen mit voller Bestimmtheit hervor, daß mit der Adjudikation bei der a°. fin. reg. stets — ohne Beschränkung — eine Kondemnation verbunden ist.

> I. 4. 17. 6. Si finium regundorum actum fuerit, dispicere debet judex an necessaria sit adjudicatio. quae sane uno casu necessaria est, si evidentioribus finibus distingui agros commodius sit, quam olim fuissent distincti: nam tunc necesse est ex alterius agro partem aliquam alterius agri domino adjudicari. quo casu conveniens est, ut is alteri certa pecunia debeat condemnari.
>
> l. 2 § 1 D. h. t. Judici finium regundorum permittitur, ut, ubi non possit dirimere fines, adjudicatione controversiam dirimat: et si forte amovendae veteris obscuritatis gratia per alium regionem fines dirigere judex velit, potest hoc facere per adjudicationem et condemnationem.
>
> l. 3 eodem. Quo casu opus est, ut ex alterutrius praedio alii adjudicandum sit, quo nomine is cui adjudicatur in vicem pro eo quod ei adjudicatur certa pecunia condemnandus est.

Ganz anders sind die Vorschriften für die a°. fam. erciscundae und communi dividundo, von denen in I. 4. 17. de off. jud. gesagt ist:

> § 4. si familiae erciscundae judicio actum sit, singulas res singulis heredibus adjudicare debet et, si in alterius persona praegravare videatur adjudicatio, debet tunc invicem coheredi certa pecunia, sicut jam dictum est, condemnare ....

§ 5. eadem interveniunt et si communi dividundo de pluribus rebus actum fuerit. quod si de una re, veluti de fundo, si quidem iste fundus commode regionibus divisionem recipiat, partes ejus singulis adjudicare debet et, si unius pars praegravare videbitur, is invicem certa pecunia alteri condemnandus est ...

Nur wenn und soweit Einer der Betheiligten bei den beiden letztgenannten Klagen durch die Adjudikation bevorzugt ist, soll er zur Erstattung des entsprechenden Geldwerthes an die Andern verurtheilt werden; wird z. B. unter drei gleichberechtigte Miterben oder Miteigenthümer ein Grundstück von durchweg gleicher Bodenbeschaffenheit aus Zweckmäßigkeitsrücksichten — commode — regionibus getheilt, und erhält dabei der Eine $^2/_3$, die beiden Andern nur je $^1/_6$, so wird Ersterer, da sein Antheil um $^1/_3$ prägravirt, den beiden Letzteren zur Erstattung von je $^1/_6$ verurtheilt, damit auf diese Weise die Gleichheit wiederhergestellt wird.

Von solcher Beschränkung der Kondemnation auf den Fall »si unius pars praegravare videbitur« wissen die Quellen bei der adjudicatio des Grenzrichters Nichts. Schon daraus ersehen wir, daß eine Theilung des streitigen Grenzlandes unter die Nachbarn zu gleichen Theilen unter Kondemnation zur Erstattung dessen, was der eine Nachbar aus irgendwelchen Gründen über den ihm zukommenden Antheil hinaus erhalten hat, nicht eintritt. Sie könnte ja auch nicht zu einem befriedigenden Resultate führen, da, je größer die Unverschämtheit einer Partei, desto größer der ihr durch die Adjudikation zu gewährende Vortheil sein würde.

Mangels einer Beschränkung der Kondemnation auf den Werth desjenigen Areals, das dem Einen von zwei Nachbarn über die Hälfte des ganzen streitigen Raumes hinaus etwa adjudizirt würde, kann das Verhältniß der Kondemnation zur Adjudikation im Grenzstreit nur so gedacht werden, daß der Adjudikatar den Werth der ganzen ihm adjudizirten Fläche dem Gegner zu erstatten hat, wie dies denn auch in der oben schon angeführten l. 3 D. h. t. mit den Worten: »in vicem pro eo, quod ei adjudicatur certa pecunia condemnandus est« ausgesprochen wird. »Quod adjudicatur« ist aber nicht das streitige Terrain oder ein Theil desselben. Denn dann würde die Unbilligkeit eventuell eine noch größere sein als bei dem

vorhin berührten Verhältniß von Adjudikation und Kondemnation, indem hier der gerechte Streiter einen noch ärgeren Nachtheil, die ungerechte Partei einen noch erheblicheren Vortheil erhalten kann.

Angenommen, A. und B. streiten im Grenzprozeß um die Fläche X im Werthe von 200, indem A. die Linie bx, B. die Linie ax als richtige Grenze betrachtet; die Linie bx ist thatsächlich die wahre Grenze, der Richter erkennt dies jedoch nicht und schreitet zur Adjudikation. Nach dem ersten Modus, wonach gleiche Theilung eintritt, verliert A. allemal 100, mag die Mittellinie mx als neue Grenze angenommen werden oder mag ihm die ganze streitige Fläche zugetheilt werden, so daß er zu 100 an B. kondemnirt wird, oder mag Letzterer das Streitterain erhalten, so daß er dem A. 100 zu zahlen hat.

Nach dem zweiten Modus, wonach der Adjudikatar zur Kondemnation des Werthes der ganzen ihm adjudizirten Fläche verurtheilt wird, stellt sich die Sache wesentlich anders. Erhält B. die ganze Fläche und zahlt er dem A. dafür 200, so hat Keiner verloren und Keiner gewonnen, B. hat das dem A. gehörige Streitterain gekauft; erscheint es dem Richter dagegen angemessen, dem A. das Streitterrain zu adjudiziren, so verliert er nicht, wie im ersten Beispiel, 100 sondern 200. Ob und wieviel A., der gerechte Streiter, verliert, hängt hier also ganz vom Zufall, von der Willkür des Richters ab; je größer die ihm adjudizirte Fläche, desto mehr büßt er ein. Auch dies Verhältniß von Adjudikation und Kondemnation befriedigt also nicht. Der Grund liegt hier wie im ersten Fall darin, daß wir von einem unrichtigen Gegenstand der Adjudikation ausgingen.

Mit klaren Worten ist nämlich in den Digesten wie in den Institutionen ausgesprochen, daß adjudizirt wird nicht das Land, bezüglich dessen das Eigenthum der einen oder andern Partei nicht hat ermittelt werden können, sondern umgekehrt das unbestritten oder nach richterlicher Feststellung im Eigenthum des einen oder andern Nachbars stehende Areal. Ich wüßte nicht, wie man anders deuten könnte die Worte:

> ut ex alterutrius praedio alii adjudicandum sit

in der l. 3 D. h. t. und:

> nam tunc necesse est ex alterius agro partem aliquam alterius agri domino adjudicari

in I. 4. 17. 6, und wie man damit die Behauptung vereinigen will, der Richter könne, wenn er zur Auffindung der Grenze, zur Entwirrung

des Eigenthums nicht gelange, durch Theilung und Adjudikation des umstrittenen Grenzlandes den Streit beendigen. Solange die Grenze nicht ermittelt, das Eigenthum an dem Streitland nicht festgestellt ist, kann letzteres, das nach der herrschenden Lehre ja sogar als „gemeinschaftliches" zu behandelnde Terrain, oder ein Theil desselben nicht als dem praedium oder ager alterius zugehörig bezeichnet werden. Soll also ex alterius praedio alteri adjudizirt werden, so bedarf es vorher der Feststellung, was dem einen und was dem andern Nachbar gehört, wie dies denn zum Ueberfluß in der l. 4 pr. D. h. t. ausdrücklich hervorgehoben ist:

> sed et loci unius controversia in partes rescindi adjudicationibus potest, prout cujusque dominium in eo loco judex compererit.

Wird hiernach adjudizirt, was anerkannt oder festgestelltermaßen dem einen Nachbar gehört, so erklärt es sich und versteht es sich von selbst, daß die Kondemnation auf den Werth der ganzen zugewiesenen Fläche, gleichsam auf den Kaufpreis des auf richterliche Anordnung verkauften Terrains, sich bezieht. So ist denn die Funktion der Kondemnation bei der adjudicatio des Grenzrichters doch dieselbe wie bei der adjudicatio der a°. fam. erciscundae und comm. dividundo: in allen drei Fällen wird der Adjudikatar kondemnirt zur Erstattung des Werthes dessen, was anerkanntermaßen und von Rechtswegen dem Andern gebührt, aus praktischen Gründen aber Jenem zugewiesen wurde.

Kann nach dem oben Ausgeführten die Adjudikation nicht das Mittel sein, die dem Grenzrichter für die Entscheidung sich darbietenden Schwierigkeiten durch Theilung zu beseitigen, so bleibt Nichts übrig, als die Adjudikationsbefugniß desselben in dem Sinne aufzufassen, den schon Wiederhold[89]) angedeutet hat, und gegen den wohl nicht so allgemeiner Widerspruch erhoben worden wäre, wenn er nur versucht hätte, die Unhaltbarkeit der herrschenden Lehre von der Adjudikation im Grenzstreit nachzuweisen. Diese findet darnach nur dann statt, wenn der Grenzrichter der Oertlichkeit wegen eine zweckentsprechende Vermarkung der eigentlichen Grenze nicht vornehmen kann, oder wenn es zweckmäßig erscheint, durch Festsetzung einer andern als der bisherigen Grenze, z. B. einer natürlichen statt der künstlichen, die bestehende und voraussichtlich leicht wiederkehrende Ungewißheit zu beseitigen. Dies und nichts Anderes sagen

[89]) a. a. O. S. 49.

I. 4. 17. 6: Si finium regundorum actum fuerit, dispicere debet judex, an necessaria sit adjudicatio. quae sane uno casu necessaria est, si evidentioribus finibus distingui agros commodius sit, quam olim fuissent distincti:

ſowie D. 10. 1. 2. 1: Iudici finium regundorum permittitur, ut, ubi non **possit** dirimere[90]) fines, adjudicatione controversiam dirimat: et si forte amovendae veteris obscuritatis gratia per aliam regionem fines dirigere judex **velit**, potest hoc facere per adjudicationem et condemnationem.

Man wird zugeben müſſen, daß die herrſchende Interpretation der Worte Ulpian's »ubi non possit dirimere fines« ſprachlich nicht unmöglich iſt; wenn anders aber meine obigen Ausführungen über das Objekt der Adjudikation zu billigen ſind, ſo laſſen ſich jene Worte nicht anders deuten als in dem ſoeben angegebenen Sinne, und gerade in dieſer Bedeutung ſtimmen ſie ausgezeichnet zu dem, was unmittelbar vorher im Anfang der l. 2 eodem geſagt iſt:

Haec actio pertinet ad praedia rustica, quamvis aedificia interveniant: neque enim multum interest, arbores quis in confinio an aedificium ponat.

War hier geſagt, daß die auf Abmarkung gehende a°. fin. reg. auch dann anwendlich ſei, wenn ein Gebäude auf der Grenze ſtehe, handelte es ſich hier alſo um einen Fall, ubi judex non potest dirimere fines, ſo war es korrekt, wenn Ulpian im Folgenden angab, durch welches Mittel der Richter die durch die Oertlichkeit gegebene Schwierigkeit beſeitigen könne.

Nur die hiernach der adjudicatio zukommende Funktion entſpricht übrigens dem früher entwickelten Weſen der a°. fin. reg., und es bedarf nur der Erwähnung, daß in dieſer Funktion die richterliche Zuweiſung nicht nur bei der contr. de loco ſondern auch bei der contr. de fine, in welcher die Eigenthumsfrage — abgeſehen vom Legitimationspunkt — ja ganz außer Betracht blieb, praktiſch war und hier vielleicht relativ noch häufiger war als bei jener, da es zur contr. de fine gewiß ſehr oft nur deshalb kam, weil ſich die Nachbarn über die von Einem oder Beiden für nothwendig befundene Verlegung der im übrigen unſtreitigen Grenzlinie nicht einigen konnten.

---

[90]) Oder dirigere?

§ 10.

Eigenthümlichkeiten der actio finium regundorum als Folge ihres Wesens und im Gegensatze zur rei vindicatio.

Von dem gewonnenen Standpunkt aus wäre es unwissenschaftlich, die Möglichkeit der Adjudikation bei der a°. fin. reg. als einen „Unterscheidungspunkt" zwischen ihr und der rei vindicatio aufzuführen, wie auch die Thatsache, daß die erstere — als controversia de loco — im Gegensatz zur Eigenthumsklage nur für das zwischen vermeintlichen Grenzen liegende Land in Betracht kommt, als unterscheidendes Moment wissenschaftlich von geringer Bedeutung ist. Wichtiger schon ist die Beschränkung, welche in l. 4 § 10 D. h. t. ausgesprochen ist:

> Hoc judicium locum habet in confinio praediorum rusticorum: nam in confinio praediorum urbanorum displicuit, neque enim confines hi, sed magis vicini dicuntur et ea communibus parietibus plerumque disterminantur. et ideo si in agris aedificia juncta sint, locus huic actioni non erit: et in urbe hortorum latitudo contingere potest, ut etiam finium regundorum agi possit.

Es ist klar, daß die Zulässigkeit der a°. fin. reg. nicht davon abhängig sein kann, ob die Nachbargrundstücke in der Stadt oder auf dem Lande liegen[91]), wie denn auch Paulus ausdrücklich hervorhebt, daß sie ausgeschlossen, »si in agris aedificia juncta sint«, und andererseits in der Stadt die Größe der Gärten den Ausschlag gebe. Damit ist in der Hauptsache der wirkliche Unterschied zwischen praedia urbana und praedia rustica als maßgebend anerkannt, wie er auch von Ulpian in

> l. 198 D. de verb. sign. 50. 16: urbana praedia omnia aedificia accipimus, non solum ea quae sunt in oppidis, sed et si forte stabulá sunt vel alia meritoria in villis et in vicis, vel si praetoria voluptati tantum deservientia: quia urbanum praedium non locus facit sed materia. proinde hortos quoque, si qui sunt in aedificiis constituti, dicendum est urbanorum appellatione contineri. plane si plurimum horti in reditu sunt, vinearii forte vel etiam holitorii, magis haec non sunt urbana.

[91]) Vergl. auch Puchta über die a°. fin. reg. in der Zeitschrift für Recht und Gesetzgebung in Kurhessen Heft 2 S. 4.

gekennzeichnet ist. Der wesentliche Grund der Beschränkung auf praedia rustica liegt offenbar darin, daß Stadtgrundstücksnachbarn nicht confines waren. Die Klage ging ja auf Abmarkung des Finis, der nur bei Feldgrundstücken vorkommen konnte, und war deshalb unanwendbar da, wo die mamilische Vorschrift nicht bestand. Gärten, die in Folge ihrer Größe weniger dem Luxus (voluptati) als dem Erwerbe (in reditu sunt), dienten, galten als Feldgrundstücke und waren auch durch den fünffüßigen Grenzraum getrennt oder konnten doch durch denselben getrennt werden, falls einer der Nachbarn mit der a°. fin. reg. darauf bestand. Das ist es jedenfalls, was die Worte »hortorum latitudo contingere potest ut etc.« ausdrücken.

Ein weiterer Grund der Unanwendbarkeit der a°. fin. reg. bei praedia urbana ist der, daß sie »communibus parietibus plerumque disterminantur«. Das war bei ländlichen Grundstücken seltener der Fall. War aber bei ihnen die Grenze durch eine gemeinschaftliche Mauer zweier mit einander verbundener Gebäude markirt, so war — natürlich vorausgesetzt, daß die Gebäude ihrer Ausdehnung oder Lage nach die Grenze hinreichend markirten und die Abmarkung des fünffüßigen Grenzraums zwecklos erscheinen ließen, — die Klage auch hier, obwohl es sich um ein Feldgrundstück handelte, unanwendbar. Anders war es dagegen, wenn ein Gebäude neben oder gar auf der Grenze stand:

> l. 2 pr. D. h. t. Haec actio pertinet ad praedia rustica, quamvis aedificia interveniant: neque enim multum interest, arbores quis in confinio an aedificium ponat.

Denn es wurde dadurch weder die Grenze markirt noch das Recht des Nachbars auf gegenseitige Wahrung eines fünffüßigen Grenzraums aufgehoben.

Nachdem im Jahre 385 die mamilische Vorschrift beseitigt worden war, konnte das Nichtvorhandensein eines eigentlichen Konfiniums bei städtischen Grundstücken die Unanwendlichkeit der a°. fin. reg. für dieselben nicht mehr erklären. Ging die Klage fortan auf Abmarkung der Grenzlinie, so war sie auch da nicht mehr ausgeschlossen, wo nach früherem Recht ein fünffüßiger Grenzraum nicht vorgeschrieben war. Dennoch blieben die praedia rustica das wesentliche Anwendungsgebiet der a°. fin. reg., zumal da ja der zweite der beiden oben angeführten Gründe, daß nämlich die praedia urbana »communibus parietibus plerumque disterminantur«, nach wie vor seine Bedeutung behielt.

Das mindert einigermaßen den Vorwurf der Gedankenlosigkeit, mit welcher die Kompilatoren den § 10 der l. 4 in den Titel fin. reg. aufnahmen.

Die Beschränkung der a°. fin. reg. auf praedia rustica beruhte also, wie wir sehen, nicht auf positiver Vorschrift, sondern war in dem Zweck der Klage selbst begründet. Dasselbe gilt von den andern äußeren Abweichungen der Grenzscheidungsklage von der rei vindicatio.

Wichtiger als diese ist die innere Verschiedenheit der beiden Klagen. Man kann ja die Frage aufwerfen — und sie liegt um so näher, als schon Paulus in der l. 1 D. h. t. auf die Verwandtschaft beider Rechtsmittel hinweist —: wann wird man, falls die äußeren Voraussetzungen der contr. de loco gegeben sind, diese, wann die rei vindicatio erheben? Daß derjenige, dem es auf Abmarkung der Grenze ankommt, die erstere, wem an Herausgabe oder an Sicherung wegen künftiger Besitzstörungen gelegen ist, die positive oder negative Eigenthumsklage anstellen muß, versteht sich von selbst. Wer aber, was vielfach der Fall sein wird, nur daran ein Interesse hat, daß die streitige Eigenthumsfrage gelöst, daß die Grenze ermittelt wird, kann die Wahl zwischen beiden Klagen haben. Er kann die Wahl haben; denn nicht immer führen beide Klagen zum Ziel. Die a°. fin. reg. kann dem nicht frommen, der sich auf Ersitzung, und sei es auch die außerordentliche, stützt. Andererseits ist es möglich, daß mit der Eigenthumsklage keine Feststellung der Grenze herbeigeführt werden kann; denn Umfang des Eigenthums und Grenze fallen wohl meistens aber nicht immer zusammen. Die Nachbarn, die über einen 10 Fuß breiten Raum streiten und sich dadurch gütlich einigen, daß sie die Grenze in die Mitte legen, übertragen auf diese Weise einander kein Eigenthum an den 5 Fuß breiten Flächen. Kommt es demnächst doch zum Prozeß, so kann weder in der einen noch in der andern Klage der Nachbar mit Erfolg auf Eigenthum sich berufen, aber durch Berufung auf die Grenzeinigung gelangt er mit der a°. fin. reg. zum Siege. Das ist verschiedentlich in den Quellen zum Ausdruck gebracht. So in

l. 12 D. h. t.: Non enim termini, qui singulos fundos separabant, observari debent, sed demonstratio adfinium novos fines inter fundos constituere.

Ebenso in C. 3. 39. 2: Successionum varietas et vicinorum novi consensus, additis vel detractis agris alterutro, determinationis veteris monumenta saepe permutant.

nicht minder wie in

> l. 11 D. h. t.: In finalibus quaestionibus vetera monumenta census auctoritas ante litem inchoatam ordinati sequenda est, modo si non varietate successionum et arbitrio possessorum fines additis vel detractis agris postea permutatos probetur.

Die »determinatio adfinium«, die ausdrückliche Grenzfestsetzung seitens beider Nachbarn, ist in erster Linie maßgebend. Selbstverständlich hat die gleiche Macht eine stillschweigende Einigung, wie sie in dem »arbitrium possessorum«, in dem »vicinorum consensus« mitverstanden ist. In zweiter Linie kommt die »successionum varietas« zur Frage, der Eigenthumswechsel, soweit und weil er eine beiderseitige Grenzbestimmung involvirt. Schon deshalb mußte korrekter Weise, wie bereits oben ausgeführt, die Ersitzung, auch die Dreißigjährige, im Grenzstreit unbeachtlich bleiben, aber nicht also wegen der Einseitigkeit des Eigenthumserwerbsgrundes, sondern wegen der Einseitigkeit der Grenzbestimmung. Darum ist es keineswegs ausgeschlossen, auf Okkupation in der contr. de loco sich zu berufen; denn auch hier ist die Grenzbestimmung eine zweiseitige, sie beruht nicht auf der »successionum varietas«, sondern auf dem »consensus«, dem »arbitrium possessorum«. In der Dereliktion giebt der bisherige Eigenthümer zu erkennen, daß die Grenze seines Grundstücks weiter zurückliegen solle, mit der Okkupation erklärt der Erwerber, daß die Grenze seines Grundstücks bis zu jener neuen Grenze des Nachbargrundstücks erweitert sein solle. So wird die ursprünglich in Folge der Dereliktion einseitige Grenze durch die Okkupation zur gemeinschaftlichen.

In dritter Linie kommen die »vetera monumenta«, »census auctoritas ante litem inchoatam ordinati«, also alte Grenzzeichen, Urkunden, Karten und dergleichen in Betracht. Nicht für das Eigenthum, sondern für die Grenze sind sie beweisend, aber nur solange nicht eine Grenzfestsetzung neueren Datums nachgewiesen wird.

Das ist es eben, was bei weitem nicht hinreichend gewürdigt wird: nicht nach dem Eigenthum, sondern nach der Grenze wird in der controversia de loco gefragt, und nur insoweit regelmäßig der nachweisbare Umfang des Eigenthums auch die Grenze des Grundstücks bestimmt, kommen im Grenzstreit die Eigenthumsverhältnisse in Betracht, und in soweit umgekehrt regelmäßig die nach-

gewiesene Grenze des Grundstücks den Umfang des Eigenthums bestimmt, ist die actio finium regundorum »pro vindicatione rei.«

Der Umfang des Grundstücks, nicht das Eigenthum am streitigen Terrain steht zur Frage; letzteres kommt vielmehr nur sekundär, nur als Entscheidungsgrund, in Betracht. Mit Recht konnte deshalb Paulus sagen:[92])

magis fundo quam personis adjudicari fines intelleguntur.

Darum muß bei der a°. fin. reg., auch wer sich auf Eigenthum am streitigen Stück beruft, zuvor das Eigenthum am Grundstück als solchem beweisen; darum kann der Prozeß nicht nur vom Eigenthümer, sondern auch vom Emphyteuta, Usufruktuar und Pfandgläubiger[93]) — mit Recht ist der Superfiziar nicht genannt, da er nach römischem Recht nur an einem praedium urbanum dinglich berechtigt ist —, überhaupt also von jedem Repräsentanten des einen Grundstücks gegen den Repräsentanten des Nachbargrundstücks geführt werden, und zwar steht dem blos dinglich Berechtigten die Klage nicht etwa nur als utilis zu. Unrichtig ist es, wenn Dernburg[94]) meint, sie gehe gegen jeden Besitzer des Nachbargrundstücks. Das entspricht nicht dem Wesen der a°. fin. reg.; es handelt sich ja nicht um Anerkennung dinglicher Rechte oder um Feststellung der Besitzverhältnisse, sondern um Erfüllung einer persönlichen Verpflichtung, die nicht etwa auch dem Pächter, sondern, wie der § 9 l. 4 cit. deutlich erkennen läßt, nur dem in eigenthumsähnlichem Maße am Grundstück Berechtigten obliegt. Auf der andern Seite genügt es natürlich zum Nachweis der Grenze nicht, daß der Kläger den Umfang seines dinglichen Rechts darthut; die Grenze ist eben nicht da zu ziehen, wo z. B. das Pfandrecht, der Usufrukt des Klägers aufhört. Beide Rechte könnten ja auch an einem Theil, und zwar an einem dem klägerischen Grundstück zunächst liegenden Theil des beklagtischen Grundstücks bestellt sein. Gefunden und gezogen werden soll aber die Grenze der Grundstücke, nicht die der Rechte der zufällig im Besitz der nachbarlichen Grundstücke befindlichen Personen.[95]) Deshalb bedarf es, auch wenn die Parteien nicht Eigenthümer sind, doch, soweit nicht die Grenzbestimmung auf einer demonstratio adfinium

[92]) l. 4 § 5 D. h. t.
[93]) l. 4 § 9 D. h. t.
[94]) Pand. I § 229.
[95]) A. M. Dernburg, Pand. I § 229.

beruht, des Nachweises des Eigenthums des Grundstückseigenthümers am streitigen Terrain. Die blos dinglich Berechtigten sind also nur zur Uebernahme des Prozesses legitimirt, ihre gegenseitige Verpflichtung besteht in Abmarkung der Grenze der Grundstücke. Wie deshalb eine nachtheilige Vereinbarung des blos dinglich Berechtigten mit dem Nachbar über die Grenzlage den Eigenthümer nicht bindet, so hindert ihn auch ein seinem Grundstück ungünstiges Urtheil im Grenzscheidungsprozeß, soweit es auf einer Disposition des dinglich Berechtigten beruht, nicht, nunmehr seinerseits mit besserem Erfolge die a°. fin. reg. zu erheben, gegen die ihm die exceptio rei judicatae aus dem Vorprozeß des Nachbars mit Jenem keinesfalls entgegensteht.

Bei der fundamentalen Verschiedenheit der dinglichen Eigenthumsklage und der persönlichen contr. de loco versteht es sich von selbst, daß die Anstellung und Durchführung der einen Klage nicht die exco. rei judicatae gegen Erhebung der andern Klage begründet. Mangelt es in dem vorhin erwähnten Falle der Anstellung derselben Klage nach einander von dem dinglich Berechtigten und dem Eigenthümer an der subjektiven Identität, so fehlt es umgekehrt hier an der objektiven Identität; es liegt weder eadem quaestio noch eadem actio vor. Keinem Zweifel kann es ja unterliegen, daß, wer einmal im Eigenthumsstreit gesiegt hat, nun auch mit der a°. fin. reg. zur Herbeiführung der Grenzbemarkung auftreten kann, mag der Beklagte die durch den Eigenthumsstreit gerichtlich festgestellte Grenze anerkennen oder nicht. Es leuchtet aber auch ein, daß der mit der Eigenthumsklage wegen eines streitigen Grenzraumes mangels Beweises abgewiesene Kläger hinterher die contr. de loco einleiten kann, um hier unter Berufung auf Verträge, Karten und dergleichen den Umfang seines Grundstücks nachzuweisen, ohne mit den exco. rei judicatae zurückgewiesen zu werden. Nicht minder kann, wer im Grenzstreit unterlag, weil er sich hier auf ordentliche oder außerordentliche Ersitzung mit Erfolg nicht berufen konnte, mit der Eigenthumsklage sein Recht am streitigen Terrain zur Anerkennung bringen. Durchaus unrichtig ist es daher, wenn Hoffmann[96]) schreibt: „Ist schon einmal über eine bestimmte, durch eine jener Klagen angeregte Frage entschieden worden, so kann dieselbe nicht mehr auf dem Wege einer andern Klage zur Entscheidung gebracht werden; es steht die exco. rei judicatae entgegen und kommt hierbei

[96]) Archiv Bd. 31 S. 521.

Nichts darauf an, daß verschiedene Zwecke durch jene Klagen verfolgt werden wollen", eine Ansicht, die nach der herrschenden Lehre über Wesen und Gegenstand der a°. fin. reg. wohl erklärlich ist, aber selbst von ihrem Standpunkt aus kaum gerechtfertigt erscheint. Die Quellen sprechen sich direkt über diesen Punkt nicht aus. Einen indirekten Fingerzeig von nicht zu unterschätzender Bedeutung kann man jedoch m. E. in D. (de exc. rei jud.) 44. 2. 8.

> Item parte fundi petita si familiae erciscundae vel communi dividundo agit, aeque exceptione (rei judicatae) submovebitur.

in Beihalt des voraufgehenden Satzes in dem Umstande erblicken, daß dort die a°. fam. ercisc. und comm. divid., nicht aber die von ihnen sonst fast unzertrennliche a°. fin. reg. genannt ist. Zweifelhaft kann sein, ob derjenige, der im Eigenthumsstreit unterlag, in der darauf erhobenen a°. fin. reg. auf denselben Eigenthumserwerbsgrund sich berufen kann, über den schon im Vorprozeß rechtskräftig entschieden war. Die Beantwortung der Frage, ob nicht in dieser Beziehung die Einrede der abgeurtheilten Sache entgegenstehe, hängt von der Stellungnahme zur Frage nach der sog. Rechtskraft der Entscheidungsgründe ab. Als mittelbar bestimmend wird man aber das frühere Urtheil in dem Falle betrachten müssen, daß derjenige, der im Eigenthumsprozeß in Folge etwaiger Ersitzung seitens des Gegners unterlag, mit der a°. fin. reg. versucht, die Grenze seines früheren Eigenthums wieder aufrichten zu lassen. Der Kläger, der sich hier auf sein (früheres) Eigenthum beruft, wird mit der Einrede zurückgewiesen, daß ihm das Eigenthum am streitigen Terrain bereits rechtskräftig aberkannt sei. Der Berufung des Gegners auf Ersitzung, die ja im Grenzstreit unzulässig wäre, bedarf es also garnicht.

Nach dem vorstehend dargestellten Verhältniß der rei vindicatio zur controversia de loco nach römischem Recht wird man die großen Vorzüge der letzteren nicht in Abrede nehmen können, ja man wird zugestehen müssen, daß dieselbe insofern ein Bedürfniß ist, als die Eigenthumsklage allein dem materiellen Recht zum Siege zu verhelfen oft nicht im Stande ist. Nicht immer, ja vielleicht in den seltensten Fällen ist der Grundstückseigenthümer in der Lage, den Erwerb des Eigenthums am streitigen Terrain, das Eigenthum gerade bis zu einer bestimmten Linie — auch da, wo es auf Besitzerwerb nicht ankommt

— nachzuweisen. Hier hilft die controv. de loco ergänzend aus, indem sie durch Ermittelung der Grundstücksgrenze ohne Nachweis des formalen Eigenthums auf dieser oder jener Seite zwar indirekt, aber in einer das Rechtsbewußtsein befriedigenden Weise die Eigenthumsfrage löst; und nur insofern, als sie in dieser Beziehung leichter und besser zum Ziele führt als die Eigenthumsklage, kann man mit Hassenpflug[97]) sagen:

„was für ein ganzes selbständiges Grundstück die rei vindicatio ist, das ist für die Zurückforderung von abgerissenen zum Nachbarlande gezogenen Stücken die actio finium regundorum".

— ein Satz, der im übrigen durchaus unhaltbar ist, wie nach meinen früheren Ausführungen keines weiteren Nachweises bedarf.

Zweiter Abschnitt.

Das gemeine Recht.

§ 11.

Controversia de fine und de loco im gemeinen Recht.

Die Grenzfeststellungsklage.

Wie schon erwähnt, war bereits im späteren römischen Recht die contr. de fine gegenüber derjenigen de loco von verschwindender Bedeutung. Insbesondere seit dem valentinianischen Gesetze vom Jahre 385 lag, wenn beide Parteien über den Grenzzug einig waren, eine Nothwendigkeit der Klagerhebung kaum noch vor, es sei denn in dem seltenen Falle, daß sich die Grenze da, wo sie rechtlich lag, nicht aufrichten ließ, über eine anderweite Grenze aber die Betheiligten sich nicht einigen konnten.

Was das gemeine Recht anbelangt, so behauptet man, daß der Unterschied zwischen beiden Arten der Grenzscheidungsklage fortgefallen sei, da wir das Recht der quinque pedes nicht rezipirt hätten. Diese Ansicht ist schon deshalb fehlsam, weil ja nach Aufhebung der mamilischen Vorschrift durch Valentinian und seine Mitkaiser von einer Rezeption des Rechtes der quinque pedes nicht mehr die Rede sein konnte. Nicht minder unrichtig ist es, wenn man, wie es in Theorie

[97]) Nach Puchta a. a. O. S. 8.

und Praxis heute meistens geschieht, anstatt jenes vermeintlich auf der Breite des Streitterrains basirenden Unterschiedes einen angeblich auch schon im früheren Recht zum Ausdruck gekommenen Gegensatz zwischen objektiver Grenzverwirrung und subjektiver Grenzirrung statuirt und darnach heute zwar nicht mehr zwischen contr. de fine und de loco, sondern zwischen actio finium regundorum und rei vindicatio unterscheidet. Dieser Gegensatz fällt mit der herrschenden Ansicht über die römischrechtliche Unterscheidung beider Arten der Grenzregulirungsklage.

Wie steht es aber mit der contr. de fine in der hier entwickelten Bedeutung? Von einem eigentlichen Unterschied zwischen ihr und der contr. de loco kann natürlich unter den modernen prozeßrechtlichen Verhältnissen nicht mehr die Rede sein; die Frage kann nur sein: Ist die a°. fin. reg. materiell noch heute zulässig in der Gestalt der contr. de fine? Kann die Klage auch heute angestellt werden, selbst wenn die Parteien über den Grenzzug einig sind? Ich habe aus dem mir zur Verfügung stehenden Material zwar nicht ermitteln können, daß solche Klage, die nach modernen Gesetzgebungen zweifellos zulässig ist, seit der Rezeption im Gebiete des gemeinen Rechts vorgekommen sei. Dennoch wird man nicht behaupten können, daß die a°. fin. reg. in dieser Gestalt nicht recipirt sei oder daß sie durch die Praxis außer Uebung gekommen sei.[98]) Denn die Verpflichtung zur Mitwirkung bei Abmarkung der Grenze ist jedenfalls aus dem römischen Recht rezipirt, wie ja die herrschende Ansicht nicht in Abrede nimmt, daß der Feststellung der Grenze die Feststellung der Grenzzeichen folgt, wenn sie „beantragt" wird.[99]) Das kann aber nur geschehen, weil eine gegenseitige Verpflichtung zur Abmarkung der Grenze vorhanden ist, und dies natürlich nicht blos, wenn der Grenzzug streitig, sondern auch wenn er unstreitig ist.

Von diesem Standpunkt aus müssen wir anerkennen, daß die a°. fin. reg. als contr. de fine sowohl wie als contr. de loco noch heutzutage vorkommen kann. Eine andere Frage ist, ob sie in letzterer

[98]) Die Zulässigkeit der Grenzscheidungsklage ohne Kontroverse über den Grenzzug bejahen auch die Gründe eines Erkenntnisses des O.A.G. zu Darmstadt in Seuffert's Archiv XX, 33. S. auch Hoffmann a. a. O. Bd. XXXI S. 518. Dagegen Hesse a. a. O. S. 171.

[99]) S. Hoffmann a. a. O. Bd. XXXI S. 511.

Gestalt ihre alte Natur erhalten hat. Nach römischem Recht ging sie, wie auch als contr. de fine, nur auf Abmarkung, und die Frage nach dem Grenzzug wurde nur erörtert und entschieden, um die Frage nach der konkreten Verpflichtung zur Abmarkung beantworten und vor Allem die letztere selbst anordnen zu können. Muß auch heute, das ist die Frage, das Klagepetitum auf Abmarkung bezw. Mitwirkung zu derselben gestellt werden? Das ist zu verneinen; denn man wird nicht leugnen können, daß durch langjährige Uebung — vielleicht durch Irrthum — ein Gewohnheitsrecht sich gebildet hat, wonach die Klage lediglich auf Feststellung des Grenzzugs, oder wie Strippelmann[100]) mit anderen Worten aber wenig geschickt sich ausdrückt, darauf abgestellt wird, „zu erkennen, daß die angegebene Ungewißheit der Grenzen mittelst Ermittelung der wirklichen Grenze durch Zuziehung eines Landmessers, eventuell durch richterliche Feststellung einer neuen Grenze beseitigt werde." Die Klage beschränkt sich mit diesem Antrage also auf die Entscheidung eines wesentlichen Präjudizialpunktes der römischen a°. fin. reg. in der Gestalt der contr. de loco. Sie ist weder dingliche Klage noch Theilungsklage, sondern die alte persönliche a°. fin. reg. in der Form einer eigenthümlichen Feststellungsklage, die nicht etwa auf eine Pflicht der Abmarkung seitens des Gegners, auf eine Verpflichtung zur Ausmittelung der Eigenthumsverhältnisse und dergleichen mehr zurückzuführen ist, die vielmehr nur historisch, als aus der römischen contr. de loco herausgeschält, verstanden und erklärt werden kann.

Daß sie als Feststellungsklage heute ihre Zulässigkeit nicht aus dem § 231 der ZivPrO. herleiten kann, bedarf nur der Erwähnung. Sie entstammt als solche aber auch nicht dem römischen Recht, in welchem die Zahl der nur ausnahmsweise gegebenen actiones praejudiciales eine geschlossene war[101]) und die a°. fin. reg. als praejudicialis nicht bekannt ist. Vielmehr gründet sie sich auf ein selbständiges Gewohnheitsrecht, das um so begreiflicher ist, als ja schon im späteren römischen Recht der Präjudizialpunkt der Grenzlage die Frage nach der Verpflichtung zur Abmarkung entschieden überwog, und von jeher die Klage zur thatsächlichen Abmarkung auf Geheiß des Richters durch den Mensor, also zur „Feststellung" der Grenze führte.

[100]) a. a. O. S. 31.

[101]) S. Bekker, Aktionen I S. 283 ff.

Man könnte darüber streiten, ob nicht die gemeinrechtliche Grenzfeststellungsklage durch den § 231 der ZivPrO. beseitigt sei, in der Erwägung, daß die Zivilprozeßordnung die Materie der Feststellungsklagen überhaupt hinsichtlich ihrer Voraussetzungen habe regeln wollen,[102]) für die a°. fin. reg. als Feststellungsklage aber regelmäßig das erforderliche rechtliche Interesse an alsbaldiger Feststellung fehlt, indem es dem Nachbar ja freisteht, dieselbe in ihrer ursprünglichen Form als Leistungsklage zu erheben oder vielleicht auch durch rei vindicatio, a°. negatoria oder durch Besitzklage sich zu schützen. Gewiß ist es nun richtig, daß auch die bisher nach bürgerlichem Recht in weiterem Umfang gewährten Feststellungsklagen der einschränkenden Bestimmung des § 231 der ZivPrO. unterliegen,[103]) aber doch nur diejenigen Klagen, auf welche überhaupt jener Paragraph sich bezieht, nämlich die Klagen auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses, auf Anerkennung einer Urkunde oder auf Feststellung der Unechtheit derselben. Diese vier Gattungen umfassen zwar im wesentlichen, aber keineswegs durchaus das ganze gemeinrechtliche Gebiet der Präjudizialklagen, insbesondere nicht die a°. fin. regundorum praejudicialis. Nur in dem einen Falle, wo beantragt wird, festzustellen, daß gewisse vorhandene Grenzzeichen die wahre Grenze bilden, könnte man — und auch dies nur in einem uneigentlichen, der ZivPrO. fernliegenden Sinne — an eine Klage auf Anerkennung einer Urkunde denken; im übrigen können für die Frage, ob die Grenzfeststellungsklage unter den § 231 der ZivPrO. fällt, nur die Klagen auf Feststellung des Bestehens eines Rechtsverhältnisses in Betracht kommen. Aber unter diese fällt sicherlich unsere Klage nicht. Soll festgestellt werden, daß der Beklagte verpflichtet sei zur Mitwirkung bei Abmarkung der Grenze, oder daß der Kläger Eigenthümer eines bestimmten Grundstückstheiles oder Eigenthümer eines Fundus bis zu einer gewissen Linie sei, so handelt es sich selbstverständlich um das Bestehen eines Rechtsverhältnisses. Die Frage aber, deren Entscheidung mit der a°. fin. reg. praejudicialis bezweckt wird, ist: wo liegt die Grenze? oder: wie groß ist das eine, wie groß das andere Grundstück? Die Entscheidung hierüber ist nicht die über das Bestehen eines Rechts*verhältnisses*, sondern einer rechtlich allerdings hochbedeutsamen

[102]) Gaupp, Kommentar II S. 446.

[103]) Vergl. übrigens v. Amsberg, Verordnungen Bd. IV S. 1197 ff.

Thatsache. Gehört die Klage mithin nicht zu denjenigen Feststellungsklagen, von denen der § 231 der ZivPrO. handelt, so unterliegt ihre Zulässigkeit auch nicht den daselbst aufgestellten einschränkenden Voraussetzungen. Will man indeß zu den einschränkenden Voraussetzungen der ferneren Zulässigkeit der schon dem gemeinen Recht angehörenden Präjudizialklagen auch die rechnen, daß es sich — abgesehen von Urkunden — um das Bestehen oder Nichtbestehen von Rechtsverhältnissen handelt, so muß man allerdings für das heutige Recht die Grenzfeststellungsklage über Bord werfen. Dazu bietet aber der Wortlaut des § 231 ZivPrO. nicht den geringsten Anhalt. Das Gesetz erweiterte das gemeinrechtliche Gebiet der Feststellungsklagen, indem es die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens von Rechtsverhältnissen überhaupt gestattete; es beschränkte dasselbe, indem es auch für die bisher schon zugelassenen Klagen auf Feststellung von Rechtsverhältnissen ein rechtliches Interesse an alsbaldiger richterlicher Entscheidung als Voraussetzung aufstellte. Die übrigen gemeinrechtlichen Präjudizialklagen hat die ZivPrO. damit weder beschränkt noch gar beseitigt.

§ 12.

Einzelne Voraussetzungen und Erfordernisse der Grenzfeststellungsklage.

Wenn wir die a°. fin. reg. heute im Gegensatz zum römischen Recht in Folge gewohnheitsrechtlicher Bildung auch als Feststellungsklage gelten lassen, so dürfen wir doch nicht vergessen, daß sie als solche Nichts als eine Fortentwickelung der römischen Leistungsklage ist, daß mithin für jene im wesentlichen dieselben Voraussetzungen gelten wie für diese, um so mehr als man ja insbesondere in der Praxis die gemeinrechtliche Grenzfeststellungsklage als mit der römischen a°. fin. reg. identisch betrachtet hat, indem man letztere auf einen Anspruch auf Grenzberichtigung, auf Entwirrung verworrenen Eigenthums und dergl. mehr zurückführte. Die Erkenntniß des Wesens der alten a°. fin. reg., speziell der contr. de loco, ist deshalb unbedingt erforderlich für die richtige Beurtheilung und Anwendung auch der heutigen Grenzfeststellungsklage.

Natürlich können je nach dem Antrage, den der Kläger stellt, auch die Voraussetzungen der Klage eventuell andere sein. So regelt

sich je nach dem Inhalt des Petitums die Streitfrage, ob das Vorhandensein von Grenzzeichen die a°. fin. reg. ausschließt.[104]) Die auf Mitwirkung zur Abmarkung gerichtete Leistungsklage würde jedes Grundes entbehren, wenn die vom Kläger behauptete Grenze bereits abgemarkt wäre. Es könnte sich dann nur noch darum handeln, ob nach Maßgabe der darüber etwa bestehenden Normen die Markirung eine hinreichend deutliche und dauerhafte sei. Dagegen würde — abweichend also vom römischen Recht — das Vorhandensein der deutlichsten und sichersten, der klägerischen Grenzbehauptung entsprechenden, Grenzzeichen die a°. fin. reg. als Feststellungsklage nicht ausschließen können. Daß vorhandene mögliche Grenzzeichen, die aber vom Kläger als die richtigen nicht behauptet sind, für die Zulässigkeit der Klage in der einen oder andern Form ohne Einfluß bleiben, versteht sich von selbst. Aus dem Wesen der römischen a°. fin. reg. erklärt es sich, daß auch mit der heutigen Präjudizialklage nicht Feststellung einer Grenze begehrt werden kann, die erst geschaffen, durch die ein Grundstück erst in zwei selbständige Fundi getheilt werden soll.[105])

Wie schon erwähnt, kann völlige objektive Grenzverwirrung im Gegensatz zur bloßen Grenzirrung nicht Voraussetzung der Klage sein, und ebenso beruht die vielfach vertretene Behauptung, daß mindestens gänzliche subjektive Ungewißheit der Grenzen nothwendiges Erforderniß der Zulässigkeit der Grenzscheidungsklage sei,[106]) weder auf römischem Recht noch auf gemeiner Gewohnheit. Der Kläger **kann** mithin, wie zahlreiche Entscheidungen aussprechen,[107]) einen bestimmten Grenzzug für sich in Anspruch nehmen. Eine andere Streitfrage aber ist, ob auch die Behauptung der Ungewißheit der Grenze genügt, oder ob der Kläger eine bestimmte Grenzlinie als die richtige anführen **muß**.[108]) Unrichtig ist es jedenfalls, wenn man meint, die Nachbarn seien oftmals garnicht in der Lage, eine bestimmte Grenzbehauptung auf-

[104]) Vergl. z. B. Seuffert's Archiv V, 16; Sternberg in der Zeitschrift Bd. XVII S. 432.

[105]) S. Hesse a. a. O. S. 172f.; l. 4 § 6 D. h. t.

[106]) So z. B. Seuffert's Archiv XXI, 212. Dagegen richtig die Erkenntnisse des obersten Gerichtshofes für Bayern in Bd. XXXIV, 15 und 184. Ebenso B. und B. IV S. 218f.

[107]) Vergl. vorige Note.

[108]) So z. B. Seuffert's Archiv V, 17. A. M. in Bd. XXVI, 13, XXIII, 26, wo auch die Literatur über die verschiedenen Ansichten angegeben ist.

zustellen.[109]) Eine Klage wäre dann selbstverständlich aussichtslos; denn wenn nicht einmal die Parteien hinreichendes Material besitzen, um darauf eine subjektive Ansicht über die Grenzlage aufzubauen, so ist um so weniger der Richter im Stande, eine positive Ueberzeugung zu gewinnen. Das dare factum ist eben die erste Voraussetzung des dare jus. Eine lediglich auf Grenzverwirrung ohne Angabe einer bestimmten Grenzlinie begründete Klage würde deshalb schon aus rein formalem Grunde zur Abweisung angebrachter Maßen führen, falls man sie überhaupt als „Klage" betrachten könnte. Die Klage leitet einen Rechtsstreit ein unter den Parteien, ein Verfahren, in welchem über die Ansprüche des Klägers und die von ihm vorgebrachten Behauptungen gestritten werden soll, falls dieselben nicht vom Beklagten anerkannt bezw. ausdrücklich oder stillschweigend zugestanden werden. Worüber sollen aber die Parteien streiten, oder durch welches Zugeständniß oder Anerkenntniß des Beklagten könnte der Richter in den Stand gesetzt werden, eine Entscheidung zu fällen, wenn der auf Grenzfeststellung antragende Kläger nur erklärt: wir Nachbarn wissen nicht, oder: ich weiß nicht, wo die Grenze liegt? Ein solches Vorbringen würde zur Herbeiführung eines Aktes der freiwilligen Gerichtsbarkeit genügen, aber nicht als einen Rechtsstreit einleitende Klage anzusehen sein.

Die Angabe einer bestimmten Grenze wurde sicherlich auch für die römische a°. fin. reg. erfordert. Die Quellen äußern sich nicht darüber, doch geht das aus dem Wesen der Klage selbst hervor. Wenn es sich darnach um die Verpflichtung zur Abmarkung der Grenze handelte, so ergiebt es sich ohne Weiteres von selbst, daß eine bestimmte Linie als abmarkungsbedürftig behauptet werden mußte. Die Verpflichtung zur gemeinschaftlichen Aufrichtung der Grenzzeichen überhaupt konnte schlechterdings — abgesehen vom Legitimationspunkt — nicht geleugnet werden, sondern nur die Verpflichtung bezüglich einer bestimmten, vom Kläger behaupteten Grenze. Daß es in der contr. de loco nicht etwa Sache des Richters war, ex officio die wahre Grenze zu ermitteln, daß es vielmehr den Parteien überlassen war, dieselbe dem Richter nachzuweisen, geht mit einiger Gewißheit aus der l. 11 D. fin. reg. hervor:

in finalibus quaestionibus vetera momenta .... sequenda

[109]) S. Seuffert's Archiv XXIII, 26.

est, modo si non .... fines additis vel detractis agris postea permutatos probetur.

Inwiefern die in den Quellen behauptete Duplizität der a°. fin. reg. und die Adjudikationsbefugniß des Richters die Entfreiung des Klägers von der Nothwendigkeit der Angabe eines bestimmten Grenzzuges ergeben sollen, wie ein Erkenntniß des Obertribunals zu Berlin[110]) annimmt, ist mir, selbst wenn ich mich in jeder Beziehung auf den Standpunkt der herrschenden Lehre stelle, unerfindlich. Wunderbar erscheint es auch, wie man in Anbetracht des bisher gelehrten Unterschiedes zwischen der contr. de fine und de loco die Nothwendigkeit der Angabe bestimmter Grenzen in Abrede hat nehmen können; denn nur nach den Aufstellungen der Parteien hätte es sich doch entscheiden lassen, ob das streitige Terrain eine Breite von höchstens 5 Fuß oder mehr hatte, ob also contr. de fine oder contr. de loco vorlag.

§ 13.

Der Klageantrag. Duplizität der actio finium regundorum.

Wenn nach dem Vorstehenden die Behauptung einer bestimmten Grenze erforderlich ist, so versteht es sich für die kondemnatorische a°. fin. reg. nach heutigem Recht von selbst, daß dieselbe nicht nur in der Klagbegründung enthalten, sondern auch aus dem Antrage selbst ersichtlich sein muß. Aber auch bei der Grenzfeststellungsklage ist das nicht zu bezweifeln. Der Antrag kann nicht lauten, wie es vielfach geschieht und von den Gerichten als zulässig erachtet wird, „die Grenze zwischen den Grundstücken A. und B. festzustellen", indem nur in der Geschichtserzählung die bestimmte Grenzbehauptung aufgestellt wird; vielmehr muß er selbst auf Feststellung einer bestimmten Linie als Grenzlinie gerichtet werden. Das ergiebt sich für das heutige Recht mit Unzweifelhaftigkeit aus § 230 der ZivPrO. Ein Antrag lediglich auf Feststellung der Grenze kann als „bestimmter Antrag" nicht angesehen werden und würde ebensowenig genügen wie bei den Feststellungsklagen des § 231 ZivPrO. etwa der Antrag, festzustellen, daß aus irgend einem Kaufgeschäft, Mandat oder dergl. m. ein Rechtsverhältniß zwischen den Parteien bestehe, oder daß Kläger Eigenthümer irgend einer Sache sei. Ein Verfahren nach der Zivilprozeßordnung wäre bei einem unbestimmten Antrag auf Grenzfeststellung schon aus dem Grunde nicht möglich, weil

[110]) Seuffert's Archiv XXIII, 26.

derselbe garnicht geeignet ist, einen Rechtsstreit einzuleiten. Nach dem Willen und den Anträgen der Parteien entscheidet es sich, ob kontradiktorisch verhandelt werden muß, und welches Urtheil der Richter zu fällen hat. Daß ein Versäumnißverfahren bei einem unbestimmten Antrag unmöglich ist, versteht sich.[111]) Wie nun weiter, wenn der Beklagte seinerseits beantragt, „die Grenze zwischen den Grundstücken A. und B. festzustellen", im übrigen aber eine andere Grenzlinie als der Kläger für sich in Anspruch nimmt? Welches Urtheil soll darauf ergehen? Ein Anerkenntnißurtheil ist abgesehen von andern Gründen schon deshalb nicht denkbar, weil weder der klägerische noch der beklagtische Antrag eine hinreichende Grundlage für den Urtheilstenor bietet, auch ja ein „Anspruch" nicht anerkannt wird. Kann man zwar bei den Feststellungsklagen der Zivilprozeßordnung ein Anerkenntnißurtheil für möglich halten, indem man dem Worte „Anspruch" im § 278 ZivPrO. den Ausdruck „Rechtsverhältniß" substituirt,[112]) so setzt dasselbe doch voraus, daß entweder das geltendgemachte Rechtsverhältniß selbst anerkannt wird, oder die dem Feststellungsantrage zu Grunde liegenden Thatsachen ohne Vorbringung von Einwendungen als richtig zugestanden werden. Im gegebenen Falle aber würde Beides nicht zutreffen, da einerseits kein „Rechtsverhältniß" geltend gemacht wird, und weiter der Beklagte eine andere Grenzlinie behauptet als der Kläger. Ein kontradiktorisches Urtheil aber wäre nicht möglich, weil die Parteien keine widersprechenden Anträge gestellt haben. Dieselben Bedenken machen sich geltend, wenn gegenüber dem unbestimmten Antrage des Klägers der Beklagte die Feststellung einer bestimmten — andern als vom Kläger behaupteten — Grenzlinie beantragt. Hier wäre der Richter in der Lage und offenbar berechtigt, ohne weitere Verhandlung dem beklagtischen Antrage gemäß das Urtheil zu sprechen, mit dem er ja auch dem unbestimmten klägerischen Petitum durchaus Folge geben würde. Der Intention des Klägers entspräche das nicht.

Man möchte meinen, daß der Kläger, wenn er verpflichtet sei, den Klageantrag auf eine bestimmte Linie zu richten, Gefahr laufe, mit seiner Klage abgewiesen zu werden, falls sich im Laufe der Verhandlung und Beweisaufnahme eine andere als die von ihm angenommene Linie als die richtige Grenze ergebe, und vielleicht ist dieser Gesichts-

[111]) Vergl. auch die Motive zum BGB. II S. 883f.

[112]) So bez. des § 230 sub 2) der ZivPrO. das RG. in Bd. XII S. 391.

punkt für die Annahme, daß der unbestimmte Grenzfeststellungsantrag genüge, mitbestimmend gewesen, während ihr wesentlicher Grund in jener herrschenden Auffassung zu finden ist, nach welcher die a°. fin. reg. nach römischem und gemeinem Recht die Ermittlung der wahren Grenze, die Entwirrung verworrenen Eigenthums bezweckt.[113]) Daß minimale Abweichungen der behaupteten von der erwiesenen Grenze jene Folge nicht nach sich ziehen, versteht sich wohl von selbst, und es richtet sich natürlich nach dem Interesse der Parteien, insbesondere auch nach der beklagtischen Grenzbehauptung, ob eine Abweichung als irrelevante zu gelten habe oder nicht. Im übrigen aber ist es allerdings richtig, daß der Antrag, festzustellen, daß eine gewisse Linie die Grenze bilde, oder den Beklagten zur Abmarkung einer bestimmten Linie zu verurtheilen, abgewiesen werden muß, wenn die angenommene Linie nicht die wahre Grenze ist; die Ansicht, der als richtig befundene Grenzzug müsse allemal festgestellt werden, so daß der Kläger nicht deshalb abgewiesen werden könne, weil er die prätendirte Linie nicht nachgewiesen habe,[114]) widerspricht offensichtlich dem Verhandlungsprinzip des gemeinen und des heutigen Prozeßrechts (ZivPrO. § 279), und es macht auch in dieser Beziehung keinen Unterschied, ob der Beklagte lediglich Abweisung der Klage beantragt oder seinerseits einen selbständigen Grenzfeststellungsantrag stellt. Soweit natürlich der von ihm behauptete Grenzzug als der richtige sich darstellt, wird dieser — aber also unter Abweisung des Klägers, nicht etwa auf Grund des klägerischen Antrags — festgestellt. Ebensowenig wie in diesem Falle kann dann, wenn keiner der prätendirten Grenzzüge nachgewiesen wird, wenn z. B. die wahre Grenze in der Mitte gefunden wird, das Klagepetitum etwa als theilweise begründet zur Feststellung führen. Doch steht es jederzeit dem Kläger frei, je nach dem Ergebniß der Verhandlung und Beweisaufnahme seinen Klageantrag abzuändern. Das würde selbstverständlich auf die Kostenentscheidung eventuell Einfluß üben, eine Klagänderung würde darin aber nicht zu erblicken sein,[115]) vielmehr wäre eine solche Modifizirung des Klageantrags lediglich als eine Beschränkung oder Erweiterung desselben im Sinne des § 240

[113]) Entsch. des Obertribunals zu Berlin in Seuffert's Archiv XIV, 29.

[114]) Vergl. die Entsch. in der vorigen Note.

[115]) So schon für das frühere Recht die Entsch. in Seuffert's Archiv XIV, 29 i. f.

Nr. 2 der ZivPrO. anzusehen, und zwar bei der kondemnatorischen Klage nicht minder als bei der Grenzfeststellungsklage.

Wenn[116]) es, was wohl nicht zu bezweifeln ist und worauf auch die Adjudikationsbefugniß des Richters hinweist, bei der römischen a°. fin. reg. eines bestimmten Antrags hinsichtlich der Grenzlage nicht bedurfte, und die gefundene Grenze abgemarkt wurde, auch wenn sie nicht der Grenzbehauptung des Klägers entsprach, so hat dies seinen Grund in der Eigenthümlichkeit des römischen Prozeßwesens, der größeren Freiheit des bis zu einem gewissen Maaße als Verwalter der freiwilligen Gerichtsbarkeit auftretenden Grenzrichters, analog derjenigen des Theilungsrichters, sowie darin, daß das wesentliche Ziel der Klage nicht Herbeiführung einer Sentenz über die Abmarkungspflicht des Beklagten oder einer Entscheidung über die Grenzlage, sondern die thatsächliche Abmarkung der Grenze durch den Richter bezw. seine Gehülfen, die Mensoren, war. Nicht aber darf man damit die Duplizität der römischen a°. fin. reg. in Zusammenhang bringen, die uns l. 10 D. h. t. bezeugt:

> iudicium communi dividundo, familiae erciscundae, finium regundorum tale est, ut in eo singulae personae duplex jus habeant agentis et ejus quocum agitur.

Die wichtigste praktische Konsequenz der Duplizität der Klage ist, wie bei der Theilungsklage, jedenfalls die, daß die Verurtheilung des Klägers auch ohne besonderen Antrag[117]) des Beklagten erfolgen konnte. Man könnte nun erwägen, daß diese durch die Duplizität der Klage gewährte Ungebundenheit des Richters denselben ermächtige, die Grenze ohne Rücksicht auf die Anträge auch des Klägers festzusetzen; doch ließe sich diese Annahme nur rechtfertigen durch die in Theorie und Praxis herrschende falsche Beurtheilung der Duplizität der a°. fin. reg. anlehnend an die unrichtige Auffassung der letzteren als Theilungsklage, Grenzermittelungsklage oder gar als „Komplex zweier eigenthümlich modifizirter Vindikationen je des Einen wider den Andern.[118])

---

[116]) S. Bekker, Aktionen I S. 244.

[117]) So Windscheid, Pand. Bd. I § 127 Anm. 2, jedoch aus dem Grunde, weil er die a°. fin. reg. zu den Theilungsklagen rechnet. Anders Eck, Die doppelseitigen Klagen S. 146 ff.

[118]) Bekker, Aktionen I S. 244.

Mit Recht wird in den judicia divisoria die Duplizität, die Kläger- und Beklagtenrolle jeder Partei, nur hinsichtlich der eigentlichen Theilung und Auseinandersetzung angenommen, nicht aber soweit es sich um die Ansprüche auf praestationes personales handelt.[119]) Aber auch in ersterer Beziehung kann von einer Doppelseitigkeit doch nur insofern die Rede sein, als der Prozeß mit einer Adjudikation und entsprechenden Kondemnation endigt oder doch wenigstens mit einem solchen konstitutiven Urtheil abschließen kann. Soweit dagegen die Klage nur den Theilungsanspruch etwa oder die Quote des Klägers betrifft, ist für die Duplizität weder ein Bedürfniß noch eine Basis gegeben.

In Anbetracht dessen, daß die Adjudikation bei den Theilungsklagen etwas ganz gewöhnliches war, ist es erklärlich, daß die Quellen sie nur als actiones duplices behandeln. Auf die thatsächliche Auseinandersetzung, eventuell durch Realtheilung, kam es den Parteien an, und gerade dadurch gewinnt die ganze Prozedur mehr den Charakter eines Verfahrens der freiwilligen Gerichtsbarkeit, in welchem naturgemäß die Parteien eine völlig gleiche Stellung haben, als den eines wirklichen Rechtsstreites.

Konnte es nun auch bei der a°. fin. reg. zu einer Adjudikation mit entsprechender Kondemnation kommen, so war sie doch, anders als bei den Theilungsklagen, nur in den überaus seltenen Fällen zulässig, wo aus Oertlichkeitsrücksichten die Abmarkung der wahren Grenze unmöglich war, oder amovendae veteris obscuritatis gratia die Aufrichtung einer andern Grenze zweckmäßig erschien. Daß lediglich mit Rücksicht auf diese fernliegende Möglichkeit der Adjudikation das Grenzscheidungsverfahren als judicium duplex mit den beiden judicia divisoria auf eine Stufe gestellt werden konnte, ist nicht wohl anzunehmen; es mußte noch ein anderes Moment sein, das regelmäßig die Duplizität begründete und deshalb die Bezeichnung der Klage überhaupt als »duplex« rechtfertigte. Bei richtiger Auffassung des Wesens und Zweckes der auf persönlichem Anspruch beruhenden, auf thatsächliche Abmarkung gerichteten Klage kann es keinem Zweifel unterliegen, daß in der gegenseitigen Abmarkungspflicht die Duplizität der a°. fin. reg. begründet war. Der Richter konnte, wenn die Klage zur Verurtheilung führte, doch nicht dem Beklagten allein die Ab-

[119]) Eck a. a. O. S. 140; Bekker a. a. O. S. 240f.

markung der beiden fines zumuthen, vielmehr mußte er beiden Parteien den Befehl geben, das gefundene spatium quinque pedum durch den Agrimensor abmarken zu lassen und, falls dies nicht geschah, auf Kosten Beider die Grenzaufrichtung durch den Feldmesser anordnen. Nach Beseitigung des mamilischen Grenzraums gestaltete sich das Verfahren nur insofern anders, als die Parteien gemeinschaftlich durch einen von Beiden gedungenen Mensor die gefundene Linie in ihrem Beisein abmarken ließen. Weigerte sich eine Partei, so ersetzte der Befehl des Richters an den Mensor ihre Theilnahme; an den Kosten der Abmarkung hatte sie trotzdem zu partizipiren. Die hierher gehörigen Stellen sind:

> l. 8 D. h. t. Si irruptione fluminis fines agri confudit inundatio ....., praeses provinciae ..... terminosque per mensorem declarari jubet. Ad officium de finibus cognoscentis pertinet mensores mittere ....

und l. 3 C. h. t. Si quis super juris sui locis prior de finibus detulerit quaerimoniam, quae proprietatis controversiae cohaeret, prius super possessione quaestio finiatur et tunc agrimensor ire praecipiatur ad loca ut patefacta veritate hujusmodi litigium terminetur. Quodsi altera pars, ne hujusmodi quaestio terminetur, se subtraxerit, nihilo minus agrimensor in ipsis locis jussione rectoris provinciae una cum observante parte hoc ipsum faciens perveniet.

sowie die in dieser Beziehung schon oben besprochene l. 4 § 1 D. h. t. in den Worten:

> sed et si mensor ab altero solo conductus sit, condemnatio erit facienda ejus, qui non conduxit in partem mercedis.

Insofern also regelmäßig auch der Kläger den Befehl zur Grenzabmarkung erhielt bezw. in einen Theil der Kosten derselben verurtheilt wurde, konnten mit Recht die Quellen von einem duplex jus der Parteien auch im Grenzprozeß sprechen und für die Frage, wer formell als Kläger zu betrachten sei, die Prävention oder das Loos entscheiden lassen.

> D. 5, 1, 13: In tribus istis judiciis familiae exciscundae, communi dividundo et finium regundorum quaeritur, quis actor intellegatur, quia par causa omnium videtur. sed

magis placuit eum videri actorem qui ad judicium provocasset.

l. 14 eod. sed cum ambo ad judicium provocant, sorte res discerni solet.

Keinesfalls aber bezog sich die Doppelseitigkeit der Parteistellung auf die Ausmittelung der Grenze, sodaß sie auch nicht zur Begründung dessen ins Feld geführt werden kann, daß die Bemerkmalung einer andern als der vom Kläger behaupteten Grenze auch ohne besonderen Antrag seitens einer der Parteien stattfand.

§ 14.

Fortsetzung. Duplizität der Klage. Erforderniß eines Antrags des Beklagten.

Wenn nach den früheren Ausführungen es für das heutige Recht eines bestimmten klägerischen Antrags bedarf, und eine abweichend vom Klageantrag gefundene Grenze, falls nicht von vornherein ein entsprechender eventueller Antrag gestellt ist, nicht ohne Abänderung des Klagepetitums festgesetzt werden kann, so fragt sich andererseits, ob für eine mit der beklagtischen Grenzbehauptung übereinstimmende Entscheidung ein Antrag seitens des Beklagten erforderlich ist, oder ob derselbe „wegen der Duplizität" der Klage, wie man vielfach annimmt, entbehrt werden kann. Die Frage verliert natürlich jede Bedeutung, wenn der Kläger seinen Antrag im Sinne der gegnerischen Grenzbehauptung abgeändert hat. Wo dies nicht der Fall ist, ergiebt sich die Unentbehrlichkeit des beklagtischen Antrags schon als Kehrseite der Nothwendigkeit eines bestimmten klägerischen Antrags. Bedarf es des letzteren hinsichtlich der gefundenen Grenzlinie nicht, soweit ein bezüglicher Antrag des Beklagten gestellt ist, so ist umgekehrt dieser erforderlich, wenn nicht schon der Antrag des Klägers auf Feststellung der bestimmten als richtig erkannten Grenze geht. Im übrigen ergiebt sich aus der Verhandlungsmaxime, daß der Beklagte auch seinerseits nicht erreichen kann, was er nicht beantragt hatte, und deshalb günstigsten Falles sein Vorbringen ohne bestimmten Feststellungsantrag nur als auf Abweisung der Klage gerichtet betrachtet werden kann.

Der Grenzfestsetzungsgegenantrag des Beklagten ist nach heutigem Recht als Widerklage zu betrachten und deshalb an die Voraus-

setzungen derselben gebunden.[120]) Ob diese vorhanden sind, ob insbesondere der im § 33 der ZivPrO. geforderte Zusammenhang gegeben ist, wird wohl in den seltensten Fällen einem Bedenken unterliegen, da der Grenzfeststellungsgegenantrag, wenn nicht schon mit der Klage, so doch stets mit den gegen dieselbe vorgebrachten Vertheidigungsmitteln in rechtlichem Zusammenhang steht. Zu Zweifeln[121]) könnten allenfalls die Ausdrücke „Anspruch" und „Gegenanspruch" im Abs. 1 des § 33 der ZivPrO. Anlaß geben, da mit der Grenzfeststellungsklage und -Widerklage ein Anspruch oder Gegenanspruch nicht erhoben wird. Will man aber überhaupt Feststellungswiderklagen und Widerklagen gegen Feststellungsklagen im Sinne des § 231 der ZivPrO. zulassen, wie es täglich geschieht, so können auch gegen die nicht unter den § 231 fallenden Grenzfeststellungswiderklagen Bedenken nicht erhoben werden. Daß aber „Anspruch" und „Gegenanspruch" im Sinne des Gesetzes der Zulässigkeit der Feststellungswiderklage nicht entgegenstehen, erhellt zur Genüge aus der Möglichkeit der Inzidentfeststellungswiderklagen nach § 253 der ZivPrO.

Man hat sich, wie schon erwähnt, dafür, daß es zur Festsetzung der vom Beklagten behaupteten Grenzlinie weder eines Antrags desselben noch gar einer Widerklage bedürfe, auf die Duplizität der a°. fin. reg. berufen. Die herrschende Ansicht geht heute mit Recht dahin, daß nach den Grundsätzen der Zivilprozeßordnung, insbesondere des § 279 derselben, die Duplizität einer Klage von dem Erforderniß eines Antrags und einer Widerklage seitens des Beklagten nicht befreit.[122]) Es muß aber weiter behauptet werden, daß eine Duplizität der a°. fin. reg. dem heutigen Recht durchaus fremd ist. Nach römischem Recht war sie theilweise in der Möglichkeit der Adjudikation und hauptsächlich darin begründet, daß die Klage auf thatsächliche Abmarkung

[120]) Seuffert, Komment. zu § 279; ebenso Gaupp ZivPrO. zu § 279 sub Ia. Dagegen — wie überhaupt gegen das Erforderniß des Antrags des Beklagten — Dernburg, Pand. I § 132 Nr. 7. Unter Berufung auf diesen auch ein Berufungsurtheil des L. G. Güstrow i. S. Sch. w. M. wegen Grenzverwirrung (Ma/1010) vom 20. März 1895, das mir in dankenswerther Weise von der einen Partei mit der Befugniß der Publikation zur Verfügung gestellt worden ist.

[121]) Aehnlich wie der § 278 ZivPrO. gegen die Möglichkeit eines Anerkenntnißurtheils. S. oben S. 69.

[122]) Vergl. Note 120.

durch den Richter bzw. seine Gehülfen, die Agrimensoren, ging. Was nun die Adjudikationsbefugniß des Prozeßrichters betrifft, so ist sie, wenn sie zwar rezipirt worden, später durch Gewohnheitsrecht beseitigt.[123]) Wo es sich nicht um die Frage, ob und wie getheilt werden soll, handelt, beschreiten auch in Theilungsangelegenheiten die Parteien nicht mehr den Weg der Klage.[124]) „Die richterliche Mitwirkung zu einer Theilung unter solchen Theilhabern, zwischen denen darüber, daß und wie getheilt werden soll, kein Streit herrscht, wird nach deutscher Praxis als ein Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit angesehen."[125]) Dasselbe gilt natürlich auch für Grenzscheidungssachen. Vor allem aber kennt das heutige Prozeßrecht kein konstitutives Urtheil mehr — abgesehen allerdings von wenigen Ausnahmefällen. Beim Adjudikationsprinzip würde, führen die Motive[126]) zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs aus, da die Theilungsklage nicht auch den Antrag, welcher Inhalt dem Urtheil zu geben sei, aufnehmen kann, das erforderliche rechtliche Gehör nicht in ausreichendem Maße gegeben werden. Auch mit dem Grundsatz, daß der Richter dem Urtheil nie einen nicht beantragten Inhalt geben darf, mit den Normen über das Versäumnißverfahren, mit der Vorschrift, daß die Entscheidung mit Gründen versehen werden muß, und mit dem Prinzip, daß sie nicht auf der Willkür des Richters, sondern nur auf logisch zwingenden Rechtsgründen beruhen kann, steht die Adjudikationsbefugniß in schroffem Widerspruch.

Aus ähnlichen Gründen ist bei der Grenzfeststellungsklage auch die thatsächliche Abmarkung der Grenze durch den Richter oder auf seine Anordnung und unter seiner Kontrole durch Sachverständige nach geltendem Prozeßrecht undenkbar.[127]) Sie ist aber auch anders

---

[123]) Auf dem Boden des Kommunions-, Theilungs- und Adjudikationsprinzips steht indeß das Urtheil des LG. Güstrow Sch. w. M. vom 20. März 1895.

[124]) Eck a. a. O. S. 148.

[125]) Erkenntniß des OAG. zu Darmstadt vom 9. März 1864 in Seuffert's Archiv XXI, 53.

[126]) Zu § 769, Bd. II S. 883 f.

[127]) Auch hier steht auf anderem Standpunkt die oben angeführte Entscheidung des LG.'s zu Güstrow, in welcher es sub [2]) des Tenors heißt: „Auf Antrag einer der Parteien soll gerichtsseitig unter Zuziehung eines Feldmessers die Grenzabmarkung auf dem sub [1]) festgesetzten Grenzzuge in geeigneter Weise auf gemeinschaftliche Kosten erfolgen." Wie diese Thätigkeit des Prozeßgerichts prozeßrechtlich zu qualifiziren und wie sie nach der Prozeßordnung zu recht-

als bei den Römern nach gemeinem Recht nicht der Zweck der Grenzscheidungsklage, und zwar weder der Feststellungsklage, noch auch der kondemnatorischen Klage. Wie jede andere persönliche Klage, geht die letztere nur darauf, den Beklagten schuldig zu erkennen, bei der Abmarkung einer bestimmten Grenze mitzuwirken, die Grenzaufrichtung in Gemeinschaft mit dem Kläger zu beschaffen. Von einer Duplizität kann daher hierbei so wenig die Rede sein, wie bei einer Klage auf Leistung gegen eine Gegenleistung.

§ 15.

Das caput 3 X. de probationibus 2, 19.

Mit der Duplizität der a°. fin. reg. sollte man meinen, sei auch die wichtige an sie geknüpfte praktische Konsequenz, die Gleichstellung beider Parteien, betreffs der Beweislast,[128]) gefallen, wie sie im cap. 3 X. de prob. 2, 19 ausgesprochen ist:

> Ex literis tuis intelleximus, te et Archidiaconum confines habere praebendas in villis, quas singuli singulas possidetis, et praetextu terminorum inter vos controversiam agitari, eo quod dicas cum antiquos fines egressum, partemque tui fundi occupasse: illo in contrarium asserente, se partem eandem fundi possedisse, quadraginta

fertigen ist, weiß ich nicht. M. E. ist es Sache der interessirten Partei, nach Rechtskraft des Urtheils entweder vom Gegner die Mitwirkung zur Abmarkung zu erwirken, oder — wobei sie event. als negotiorum gestor der andern Partei auftritt — allein die Abmarkung durch einen Sachverständigen zu betreiben. Uebrigens war im erwähnten Fall wie gewöhnlich nur der Antrag auf „gerichtliche Feststellung" gestellt. — Bei der kondemnatorischen Grenzscheidungsklage vollzieht sich die Realisirung des verurtheilenden Erkenntnisses natürlich auf dem im § 773 ZivPrO. gegebenen Wege, wenn der Verurtheilte nicht freiwillig der ihm auferlegten Verpflichtung nachkommt. Also auch hier nimmt nicht der Richter die Grenzabmarkung vor, noch erfolgt sie auch nur in seinem Beisein. Warum nun sollte es bei der bloßen Grenzfeststellungsklage anders sein, wo noch dazu aus der Erhebung der Feststellungsklage im Gegensatz zur Leistungsklage charakteristisch erhellt, daß es dem Kläger auf Abmarkung überall nicht ankommt, er vielmehr nur einen Ausspruch über die Lage der Grenze herbeiführen will?

[128]) Puchta i. Zeitschr. f. R. u. Gesetzg. in Kurhessen Heft 2 S. 10; Bekker Aktionen I, S. 242; Entsch. des ObGrHofes für Bayern vom J. 1878 in Seuffert's Archiv XXXIV, 184.

annorum spatio inconcusse: tu autem, quod per idem tempus quiete illam possederis asseveras: quare utrum incumbat petitori vel possessori probatio, quaesivisti. Ad quod scire debes, quod judicium finium regundorum tale est, ut in eo utraque persona vices duorum habeat, videlicet actoris et rei. Unde hinc inde testes produci possunt ad cognitionem judicis instruendam: quibus examinatis, judex quos praecellere intellexerit, ad fidem sibi faciendam admittat.

Quod si ambarum partium testes sint aeque idonei, possessoris testes praeferentur, cum promptiora sint jura ad absolvendum, quam ad condemnandum .....

Man muß sich eigentlich wundern, daß es erst dem kanonischen Recht vorbehalten war, jene bedeutsame Konsequenz aus der Duplizität der a°. fin. reg. zu ziehen. Berücksichtigen wir aber, worin die Duplizität nach römischem Recht bestand, und daß es weder bei der ganz in das Ermessen des Grenzrichters gestellten Adjudikation, noch hinsichtlich der Verpflichtung des Klägers zur Theilnahme an der von ihm mit der Klage begehrten gemeinschaftlichen Abmarkung, abgesehen etwa von außerordentlichen Fällen, zu einer Beweiserhebung kommen konnte, so ist es leicht erklärlich, daß in den Quellen des römischen Rechtes von einer Gleichstellung der Parteien rücksichtlich der Beweislast nicht die Rede ist.

Was nun das cap. 3 X. de prob. in dieser Beziehung ausspricht, kann als Folge der unrichtigerweise auf die Ermittelung der Grenze bezogenen Duplizität der Klage nur insofern betrachtet werden, als auf Grund derselben der Beklagte die Stellung eines Klägers auch ohne Widerklage und selbst ohne besonderen Antrag seinerseits hat. Der direkte Grund der beiderseitigen Beweispflicht liegt in der Klägerstellung beider Parteien. Es gilt mithin heute auch ohne Duplizität der Klage der im kanonischen Recht ausgesprochene Satz überall da, wo der Beklagte durch Erhebung einer Widerklage die Rolle eines Klägers übernommen hat; und umgekehrt würde da, wo dies nicht geschehen, auch wenn man für das heutige materielle Recht noch eine Duplizität der Grenzscheidungsklage anerkennen könnte, doch von einer Gleichstellung der Parteien in der Beweislast nicht die Rede sein können, da ihre Voraussetzung, die Klägerrolle des Beklagten, nach

heutigem Prozeßrecht nur durch Erhebung einer Widerklage geschaffen werden kann. Dem Beklagten also, der zwar eine bestimmte Grenzbehauptung aufstellt, im übrigen aber sich mit dem Antrage auf Abweisung der Klage begnügt, kann, wenn der Kläger die seinerseits behauptete Grenze nicht nachgewiesen hat, kein Beweis auferlegt werden,[129]) wohl aber muß er im umgekehrten Falle Gegenbeweises halber zum Nachweis der von ihm angenommenen Grenze zugelassen werden.

Von größerer Wichtigkeit als für die Frage nach der Beweislast ist das oben angeführte cap. 3 X. de prob. für die Frage, welche Bedeutung der Besitz bei der Ermittlung der wahren Grenze hat. Selbstverständlich wird der Beweis derselben ersetzt durch den Nachweis eines unvordenklichen Besitzstandes. Liegt aber dieser nicht vor, — und läßt sich auch die Grenze weder direkt noch durch Nachweis des Eigenthums ermitteln — so soll der Besitz entscheiden,[130]) possessoris testes praeferentur, natürlich aber mit der Maßgabe, daß nicht etwa der vi, clam oder precario dem Gegner entzogene Besitz den Sieg davon trägt. Durch diese allgemeinen Rechtsgrundsätzen durchaus entsprechende Vorschrift, die übrigens schon in der oben[131]) angeführten lex Visigothorum X. 3, IV. enthalten ist, wird einigermaßen die in Folge der Unzulässigkeit der Berufung auf Ersitzung im Grenzscheidungsrecht bestehende Lücke ausgefüllt, zugleich auch einem »non liquet« vorgebeugt, zu dem der Richter gelangen könnte, wenn der Kläger oder Widerkläger hinsichtlich des indirekten Beweises seiner Grenzbehauptung auf die Nachweisung seines Eigenthums an der streitigen Grenzfläche angewiesen wäre.

§ 16.
Rückblick.

Vergleichen wir die Ergebnisse der Untersuchung über das geltende Recht der actio finium regundorum mit dem im ersten Abschnitt erörterten römischen Recht, so sehen wir, daß zwar die a°. fin. reg. nicht beseitigt ist, daß sie aber in einer durch Gewohnheit und durch die

[129]) A. M. Puchta a. a. O. S. 11.

[130]) S. Strippelmann a. a. O. S. 62; Seuffert's Archiv XXXIV, 184; zum Theil begründete Bedenken macht Hoffmann im Archiv f. civ. Pr. XXXI, S. 514 ff. geltend.

[131]) Vergl. S. 36.

moderne Prozeßgesetzgebung ganz veränderten Gestalt dem heutigen Recht angehört. Ihre eigentliche praktische Funktion liegt in der dem römischen Recht völlig unbekannten Form der Grenzfeststellungsklage, einer Feststellungsklage, die nicht dem § 231 der ZivPrO. subsumirt werden kann nnd deswegen auch nicht durch dessen einschränkende Bestimmung in ihrer Fortexistenz bedroht wird, andererseits aber gerade deswegen Gefahr läuft, als durch die Zivilprozeßordnung beseitigt angesehen zu werden.

Aber auch soweit sie als kondemnatorische Klage, sei es als contr. de fine oder contr. de loco, noch heute in Geltung ist, hat die a°. fin. reg. ihre alten charakteristischen Eigenthümlichkeiten verloren. Die richterliche Abmarkung und die Adjudikation passen heute nicht mehr in den Rahmen der ordentlichen streitigen Gerichtsbarkeit, und wie mit der richterlichen Abmarkung die Adjudikation, so ist mit beiden die Duplizität der Grenzscheidungsklage gefallen, deren praktische Bedeutung außerdem durch die modernen Prozeßrechtsgrundsätze aufgehoben worden ist. Im Wege des ordentlichen Streitverfahrens kann heute nur noch über einen geltend gemachten Anspruch auf Mitwirkung bei der Grenzabmarkung bezw. über die Richtigkeit der Grenzbehauptung des Klägers und eventuell des Widerklägers entschieden werden. Ob eine richterliche Abmarkung und eine Adjudikation, sei es innerhalb der Grenzen[132]) des römischen Rechts oder darüber hinaus, zu den Funktionen des Verwalters der freiwilligen Gerichtsbarkeit heute gehört, entscheidet sich nach Landesrecht.

Wesen, Voraussetzungen und gewisse Eigenthümlichkeiten der römischen a°. fin. reg. haben sich auch für die Grenzscheidungsklage des gemeinen Rechts erhalten, soweit nicht speziell für die a°. fin. reg. praejudiciales der Begriff der Feststellungsklage Abweichungen und Besonderheiten erfordert. Aber auch von ihr gilt in vollem Maße, was Paulus von der kondemnatorischen Klage sagt, actio in personam est licet pro vindicatione rei est.

Aus dem Begriff der Feststellungsklage einerseits und andererseits aus ihrer geschichtlichen Entwicklung, ihrer Stellung gewissermaßen einer Tochterklage im Verhältniß zur römischen a°. fin. reg., der contr. de loco, ergiebt sich als Voraussetzung für die Grenz-

[132]) Also: ubi non possit dirimere fines (judex) und amovendae veteris obscuritatis gratia. S. oben S. 53.

feststellungsklage, daß die Parteien über die Grenze in Streit befangen sind.[133]) Die Unterscheidung der Grenzirrung und Grenzverwirrung dagegen ist wie für das römische, so auch für das heutige Recht bedeutungslos, und weder in dem einen noch in dem andern Rechtssystem findet die hier und da aufgestellte Behauptung[134]) eine Stütze, die a°. fin. reg. finde ihre praktische Begründung darin, daß eine andere Grenze als die dem bisherigen Besitzstande entsprechende dargelegt werde, eine Ansicht, die auf einer völlig unrichtigen Auffassung des Wesens der Grenzscheidungsklage und einer gänzlichen Verkennung des tiefgreifenden Unterschiedes zwischen ihr und der Eigenthumsklage beruht.

Die römische a°. fin. reg. war beschränkt auf praedia rustica, ohne daß indeß die ländliche oder städtische Lage einen Einfluß übte. Die Vorschrift hatte offensichtlich ihren Grund darin, daß der sog. Finis, der fünffüßige Grenzraum, für dessen Abmarkung die Klage geschaffen war, nur bei praedia rustica vorkam.

Schon aus diesem Grunde ist es ausgeschlossen, die Zulässigkeit der Klage bei Grenzstreitigkeiten zwischen andern Grundstücken auf die römischen Quellen zurückzuführen,[135]) ganz abgesehen davon, daß die präzise Ausdrucksweise der l. 2 pr. und l. 4 § 10 D. h. t. dem entgegensteht. Dennoch dehnt mit Recht die heutige Praxis[136]) die Anwendlichkeit der a°. fin. reg. auf Grenzstreitigkeiten über alle Grundstücke mit Ausnahme der Gebäude aus, nachdem an die Stelle des römischen Unterschiedes derjenige zwischen Feldgrundstücken (im weiteren Sinn) und Gebäudegrundstücken getreten, und übrigens schon mit Aufhebung der mamilischen Vorschrift über das spatium quinque pedum der eigentliche Grund der Beschränkung hinweggefallen war. Wenn jener Rechtssatz dennoch in den Digesten Aufnahme fand, so rechtfertigte sich dies damit, daß die Klage ja wesentlich auf Abmarkung ging, und die Verpflichtung hierzu nicht ohne weiteres als durch den Wegfall des mamilischen Grenzraums auf praedia urbana ausgedehnt gelten konnte. Heute wird man da,

[133]) Erkenntniß des ObGerHofes f. Bayern vom 14. Februar 1878 in Seuffert's Archiv XXXIV, 15.

[134]) Strippelmann a. a. O. S. 18, S. 22 f., S. 52.

[135]) So jedoch B. u. B. IV S. 222 f. und Puchta a. a. O. S. 6.

[136]) Vergl. die vorige Note.

wo es sich um Grenzfeststellung handelt, nicht umhin können, die Klage auch bei Gebäudegrundstücken, abgesehen von den Gebäuden selbst, z. B. bei einem Streit über die Grenze zwischen zwei Hofplätzen, zuzulassen, und selbst die kondemnatorische Grenzscheidungsklage wird man gelten lassen können, soweit ein Bedürfniß zur Abmarkung der Grenze besteht.

Schließlich mag noch einer Abweichung des heutigen Rechts von den römischen Grundsätzen gedacht werden, die sich an das Wesen der Feststellungsklage als solcher knüpft und deshalb nicht für die kondemnatorische Grenzscheidungsklage gilt. Während nämlich diese dem älteren Recht entsprechend in dreißig Jahren verjährt, unterliegt die Grenzfeststellungsklage, da mit ihr ein verjährbarer Anspruch nicht geltend gemacht wird,[187]) keiner Verjährung.

Dritter Abschnitt.

Die Entwürfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs.

§ 17.

Die Klage auf Mitwirkung zur Abmarkung und der Streit um den Lauf der Grenze.

Der code Napoléon bestimmt im Artikel 646:

> Tout propriétaire peut obliger son voisin au bornage de leurs propriétés contiguës. Le bornage se fait à frais communs.

Dieser bereits im allgemeinen preußischen Landrecht[188]) allerdings in etwas weniger präziser Fassung enthaltene Satz, der in einer Reihe anderer moderner Gesetzgebungen Aufnahme gefunden hat, findet sich auch in den Entwürfen[188a]) eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich ausgesprochen. Der § 851 des ersten Entwurfs lautet:

> Der Eigenthümer eines Grundstücks hat gegen den Eigenthümer eines Nachbargrundstücks den Anspruch auf dessen Mit-

---

[187]) S. auch die Motive zum B. GB. f. d. d. Reich Bd. I S. 295.

[188a]) Der während der Drucklegung dieser Abhandlung entstandene Entwurf nach den Beschlüssen des Reichstags in dritter Lesung, der inzwischen auch von dem Bundesrath angenommen ist, konnte im Text nicht mehr berücksichtigt werden. Derselbe hat die in den §§ 903, 904 u. 908 des sog. Reichstagsentwurfes enthaltenen Bestimmungen mutad. mutant. wörtlich in den §§ 919, 920 und 924 aufgenommen.

wirkung zur Errichtung fester Grenzzeichen und, wenn Grenzzeichen verrückt oder unkenntlich geworden sind, zur Wiederherstellung derselben.

Die Kosten der Abmarkung sind von den betheiligten Nachbarn zu gleichen Theilen zu tragen, unbeschadet der Haftung eines Nachbarn aus einem demselben zur Last fallenden Verschulden.

Das Verfahren bei der Abmarkung und die Art derselben bestimmen sich nach den Landesgesetzen und in Ermanglung landesgesetzlicher Vorschriften nach der Ortsüblichkeit.

Eine z. Th. weit weniger glückliche Fassung hat die Redaktionskommission dieser Bestimmung in dem § 832 des Entwurfs zweiter Lesung gegeben, der wörtlich als § 903 in den dem Reichstag vorgelegten Entwurf aufgenommen ist:

Der Eigenthümer eines Grundstücks kann von dem Eigenthümer eines Nachbargrundstücks verlangen, daß derselbe[138b]) zur Errichtung fester Grenzzeichen und, wenn ein Grenzzeichen verrückt oder unkenntlich geworden ist, zur Wiederherstellung mitwirkt.

Die Art der Abmarkung und das Verfahren bestimmen sich nach den Landesgesetzen; enthalten diese keine Vorschriften, so entscheidet die Ortsüblichkeit.

Die Kosten der Abmarkung sind von den Betheiligten zu gleichen Theilen zu tragen, sofern sich nicht aus einem zwischen ihnen bestehenden Rechtsverhältniß ein Anderes ergiebt.

Nach dem hier allein interessirenden Abs. 1 dieser Paragraphen — die Abs. 2 und 3 können, schon weil sich die darin enthaltenen Bestimmungen von selbst verstehen,[139]) außer Betracht bleiben — hat, wie im römischen Recht der Grundstückseigenthümer einen persönlichen Anspruch auf Mitwirkung zur Abmarkung der Grenze gegen den Nachbar. Wenn die Motive[140]) diesen Anspruch als einen Ausfluß des Eigenthums hinstellen, so erscheint dies mindestens willkürlich; viel näher liegt, den Anspruch „obligatorischer Natur mit dinglicher Basis" im

[138]) I, 17 § 383 f. § 383: „Um die Verdunkelung der Grenzen zu verhüten, ist jeder Besitzer seine Nachbarn zu deren Erneuerung aufzufordern wohl befugt."

[138b]) Entwurf III: Daß dieser.

[139]) So auch Opitz, Gutachten über den Entwurf eines B. GB. 1889 S. 16.

[140]) Bd. III S. 268, 270.

Nachbarrecht begründet zu finden. Das Eigenthumsrecht an sich kann nicht die Befugniß geben, ein positives Thun von einem Andern zu verlangen. Und wie steht es umgekehrt mit der gegenseitigen Abmarkungspflicht? Ist auch sie etwa der Ausfluß des Eigenthums? Eine Zurückführung derselben und demnach auch des ihr gegenüberstehenden Rechtes auf das nachbarliche Verhältniß und die aus demselben nach der Natur der Sache sich ergebenden Grundsätze erscheint denn doch unabweisbar. Mit der von den Motiven angenommenen Begründung des Anspruchs fallen auch die von ihnen aufgestellten Konsequenzen[141]) hinsichtlich eines Verzichtes auf die Abmarkung im gesetzmäßigen Verfahren, soweit[142]) nicht etwa solche Abmarkung im Interesse der öffentlichen Ordnung geboten erscheint.

Der im Abs. 1 der §§ 851 bezw. 832 bezw. 903 der Entwürfe dem Grundstückseigenthümer gegebene Anspruch stellt sich bei unbefangener Auslegung der gesetzlichen Bestimmung genau als die a°. fin. reg. des römischen Rechts in dem im ersten Abschnitt entwickelten Sinne dar, und zwar sowohl in der Gestalt der contr. de loco wie der contr. de fine. „Die Voraussetzung der Vorschriften des § 851," bemerken allerdings die Motive,[143]) „ist, daß die Grenze zwischen den Nachbarn nicht bestritten ist." Der Gesetzestext bietet für die Annahme einer solchen Beschränkung keinen Anhalt; vielmehr wird nach demselben, abgesehen von der Nachbarschaft der Grundstücke und dem Eigenthumsrecht der Parteien an denselben, nur vorausgesetzt, daß entweder gar keine Grenzzeichen vorhanden — sei es, daß solche nie gesetzt oder, daß sie beseitigt worden — oder, daß die früher aufgerichteten Grenzzeichen schuldhaft oder durch Zufall verrückt oder unkenntlich geworden sind. Auch nicht allgemeine Erwägungen führen dahin, Einigkeit der Nachbarn über den Lauf der Grenze als positive Voraussetzung des gegenseitigen Anspruchs auf Mitwirkung zur Grenzaufrichtung anzusehen. Sollte aber diese Beschränkung in der That Wille nicht nur des Gesetzgebers, sondern auch des Gesetzes sein, so würde sich jedenfalls eine entsprechende Aenderung in der Fassung des § 851 bezw. 832 bezw. 903 des Entwurfs empfehlen. Die beschränkende Bestimmung selbst würde indeß nicht zu billigen sein. An und für sich ist ein Grund, weshalb bei

[141]) Bd. III S. 270.
[142]) Vergl. E. I § 106 E. II § 103 E. III § 134.
[143]) S. 268.

Bestrittenheit des Grenzlaufs dem Eigenthümer der Anspruch auf Mitwirkung zur Grenzerrichtung gegen den Nachbar versagt sein sollte, nicht ersichtlich. Vor Allem aber gelangt man hierbei zu einem höchst unbefriedigenden Resultat. Der Grundstücksbesitzer, der das Unglück hat, daß der von ihm behauptete und thatsächlich vielleicht richtige Grenzlauf vom Nachbar bestritten wird, ist auf zwei besondere Prozesse verwiesen; in dem einen hat er den Streit über die Lage der Grenze auszufechten, und erst wenn das hierauf ergangene Urtheil rechtskräftig geworden ist, kann er neue Klage auf Theilnahme an der Errichtung fester Grenzzeichen erheben. Nicht einmal eine Verbindung beider Ansprüche in einer Klage wäre zulässig, da ja der letztere Anspruch Unbestrittenheit der Grenze, also Rechtskraft der über den Grenzlauf ergangenen Entscheidung voraussetzt.

Wie viel einfacher und dem praktischen Bedürfniß weit mehr entsprechend ist das Verfahren, wenn man, wie der Gesetzestext es zuläßt, in Uebereinstimmung mit dem römischen Recht den Anspruch auf Mitwirkung bei der Grenzaufrichtung auch dann als gegeben ansieht, wenn die Grenzlage bestritten ist!

Doch stellen wir uns zunächst wieder auf den Standpunkt der Motive. Nach diesem begründet der im § 851 bezw. 832 bezw. 903 aufgestellte Anspruch eine echte controversia de fine, aber nur also diese. Was tritt denn nun, müssen wir fragen, in den Entwürfen an die Stelle der a°. fin. reg. in der Form der contr. de loco? Die Grenzfeststellungsklage, in welche das gemeine Recht die contr. de loco umgewandelt hatte, hat in den Entwürfen keine Aufnahme gefunden; eine Klage aber, die zur Ermittlung der Grenze führt, erscheint als ein unabweisbares Bedürfniß. Das erkennen auch die Entwürfe und die Motive zum ersten Entwurf an. Aber gerade in Bezug auf die Frage, auf welchem Wege die Ermittlung der Grenze erreicht wird, scheinen letztere wiederum mit der gesetzlichen Bestimmung selbst nicht im Einklang zu stehen. Der Streit um den Lauf der Grenze zwischen zwei Nachbargrundstücken ist nach den Motiven[144]) ein Spezialfall des Eigenthumsstreites. „Für die Lösung dieses Streites sind die Vorschriften über die Eigenthumsklage maßgebend. Nur, soweit diese Vorschriften zur Lösung des Streites nicht genügen, ist die Bestimmung

[144]) Bd. III S. 270.

einer Besonderheit erforderlich." Vergeblich aber sucht man in den Entwürfen nach einer Vorschrift, aus der sich ergäbe, daß zur Durchführung eines Streites um den Grenzlauf die Eigenthumsklage in ihrer positiven oder negativen Gestalt diene, und nur das Schweigen der Entwürfe von einer besonderen Klage könnte dazu führen, die Eigenthumsklage als das zur Einleitung einer contr. de loco allein denkbare und bestimmte Mittel anzusehen.

Eines Streites über die Grenzlage ist nur an einer Stelle gedacht, im § 852 des Entwurfs I:

> Wird im Falle einer Grenzverwirrung die richtige Grenze nicht erwiesen, so ist als die richtige Grenze diejenige Linie anzusehen, welche dem Besitzstande entspricht, und wenn auch ein solcher nicht erwiesen wird, diejenige Linie, durch welche jedem der betheiligten Grundstücke ein gleich großes Stück des streitigen Flächenabschnittes zugetheilt wird,

der von der Redaktionskommission als Abs. 1 des § 833 im Entwurf II und vom Bundesrath als § 904 in der Reichstagsvorlage die nachstehende Fassung erhalten hat:

> Läßt sich im Falle einer Grenzverwirrung die richtige Grenze nicht ermitteln, so ist für die Abgrenzung der Besitzstand maßgebend. Kann der Besitzstand nicht festgestellt werden, so ist jedem (der) Grundstücke ein gleich großes Stück der streitigen Fläche zuzutheilen.

Mit keinem Worte ist in diesen Bestimmungen von einer Eigenthumsklage die Rede, auch ist nicht zu erkennen, daß die Erhebung gerade dieser Klage als vorausgesetzt gedacht wird. Ueberhaupt ist von irgend einem Anspruch, der im Falle der Grenzverwirrung dem einen Nachbar gegen den andern gegeben sei, Nichts zu ersehen, vielmehr handelt es sich nur darum, welche Linie bei einem auf Grenzverwirrung beruhenden Streite, falls die richtige Grenze sich nicht ermitteln läßt, vom Richter als Grenzlinie anzusehen ist, bezw. für die Abgrenzung maßgebend sein soll. Mindestens inkorrekt ist deshalb die Fassung des § 853 (E. I) bezw. § 837 (E. II) bezw. § 908 (E. III), nach welchem u. a. auch der auf den § 852 bezw. § 833 bezw. § 904 „sich gründende Anspruch" der Verjährung nicht unterliegen soll.

Mit der Annahme, daß die Eigenthumsklage nach den Entwürfen das zur Grenzberichtigung dienende Rechtsmittel sei, steht der positive

Inhalt der §§ 852 bezw. 833 bezw. 904 in hellem Widerspruch. Demjenigen, führen die Motive[145]) aus, der das Eigenthum am Grundstück und die Erstreckung der Besitzgrenze erwiesen, erspart der Entwurf durch Aufstellung einer Vermuthung den Beweis, daß sein Eigenthum soweit reiche wie sein Besitz. Der Grundstückseigenthümer, der eine von seinem Nachbar ihm streitig gemachte Parzelle klagend für sich in Anspruch nimmt, könnte demnach seine Eigenthumsklage lediglich auf die Thatsache stützen, daß er im Besitz der Parzelle sei, und seine im Laufe des Prozesses gemachten Versuche, sein Eigenthum an der streitigen Fläche nachzuweisen, hätten nur die Funktion einer Vertheidigung gegen die auf ein besseres Recht als auf Besitz sich gründenden Einwendungen des Beklagten. Ein etwaiger Hinweis auf das analoge Verhältniß bei der gemeinrechtlichen a°. publiciana[146]) trifft natürlich nicht zu; der publizianische Kläger behauptet nicht, Eigenthümer zu sein, sondern beruft sich nur auf seinen Ersitzungsbesitz als hinreichende Grundlage für die Verurtheilung des Nichteigenthümers. Der Kläger im Falle des § 852 (833, 904) behauptet nach den Motiven Eigenthum an der Parzelle und gründet es auf bloßen Besitz. Eine nur auf die Thatsache des Besitzes gestützte Eigenthumsklage ist wissenschaftlich ein Unding. Genügt nach § 852 (833, 904) für den Grundstückseigenthümer der Nachweis des bloßen Besitzes an der streitigen Parzelle zur Begründung seiner Klage, so steht damit unerschütterlich fest, daß diese Klage keine Eigenthumsklage, auch kein „Spezialfall" derselben ist. Zu einer solchen wird sie auch nicht durch die nach den Motiven vom Entwurf aufgestellte Vermuthung, daß das Eigenthum soweit reiche wie der Besitz. Nun aber stellt überdies der § 852 des Entwurfs I solche Vermuthung garnicht auf. Im Gegentheil, er verlangt in erster Linie den ordentlichen Nachweis — und zwar nicht des Eigenthums, sondern — der richtigen Grenze, und nur wenn solche nicht erwiesen wird, soll als richtige Grenze diejenige Linie angesehen werden, die dem Besitzstande entspricht, oder soll, wie der Entwurf II im § 833 sich ausdrückt, für die Abgrenzung der Besitzstand maßgebend sein. Will man in diesen Bestimmungen die Aufstellung einer Vermuthung erblicken, so stellt sie sich doch jeden-

[145]) S. 271.
[146]) Vergl E. I § 945.

falls als eine solche nicht über das Eigenthum, sondern über die Grenze dar.

Umfang des formalen Eigenthums und Grenze fallen zwar regelmäßig, keineswegs aber, wie schon früher ausgeführt wurde, immer zusammen, und sie werden um so leichter da auseinandergehen, wo zur Uebertragung des Eigenthums nicht, wie nach französischem Recht, bloßer Vertrag oder, wie nach gemeinem Recht, die Tradition genügt, sondern, wie in den Entwürfen,[147]) Eintragung in das Grundbuch vorgeschrieben ist, während doch Vereinbarungen über den Grenzlauf auch ohne Eintragung rücksichtlich des hüben oder drüben abgetretenen Gebietes respektirt werden müssen. Von diesem Gesichtspunkt aus erscheint die Eigenthumsklage auch de lege ferenda keineswegs als das zur Erledigung eines Streites über den Lauf der Grenze dienliche Mittel.

Wir kehren nun zu der Frage zurück: welche Klage geben die Entwürfe zu dem gedachten Zwecke? In Ermangelung der Aufstellung eines besonderen Rechtsmittels bleibt nichts anderes übrig, als der im Absatz 1 des § 851 bezw. 832 bezw. 903 zur Herbeiführung der Grenzaufrichtung gegebenen Klage zugleich die Funktion zu ertheilen, eventuell auch den Streit über den Lauf der Grenze zum Austrag zu bringen. Das scheint denn auch in der That der Wille des Gesetzes zu sein. Wie schon oben erwähnt, zwingen weder der Gesetzestext noch Vernunftgründe zu einer Beschränkung der in dem angegebenen Paragraphen enthaltenen Bestimmung auf den Fall der Unbestrittenheit des Grenzlaufs; betrachtet man weiter die §§ 851 und 852 bezw. 832 und 833 bezw. 903 und 904 im Zusammenhang, so muß man bei ungekünstelter Auslegung finden, daß der § 852 (833, 904) nur einen Spezialfall des voraufgehenden Paragraphen behandelt. Dieser stellt die für alle Fälle zutreffende Klage auf, der nachfolgende Paragraph giebt Normen für den besonderen Fall, daß der Durchführung der Klage Schwierigkeiten dadurch erwachsen, daß in Folge einer Grenzverwirrung die richtige Grenze sich nicht ermitteln läßt.

Ist auch der Standpunkt der Entwürfe, insofern sie nicht, wie die Motive wollen, zur Erledigung eines Streites über die Grenze die Eigenthumsklage als das allein zulässige Mittel präsentiren, durchaus zu billigen, so ist es doch zu bedauern, daß sie in dieser Beziehung

[147]) E. I § 828 E. II § 794 E. III § 857.

ganz auf den Standpunkt des römischen Rechtes zurückgekehrt sind. Die Aufnahme der gemeinrechtlichen, von der Eigenthumsklage durchaus verschiedenen Grenzfeststellungsklage, die sich ohne Zweifel als praktisch bewährt hat, wäre jedenfalls empfehlenswerth, damit auch da, wo eine Grenzabmarkung nicht zur Frage steht, der bloße Streit über die Grenzlage zur Erledigung kommen kann, ohne daß die Betheiligten auf die völlig unzureichende Eigenthumsklage verwiesen werden.

§ 18.

Die Aktiv- und Passivlegitimation.

Die Klage aus § 851 bezw. 832 bezw. 903 ist in den Entwürfen aktiv und passiv auf den Eigenthümer des Grundstücks beschränkt. Da die Motive den Anspruch auf Mitwirkung zur gesetzmäßigen Abmarkung als einen Ausfluß des Eigenthums betrachten, ist seine Beschränkung auf den Eigenthümer durchaus korrekt; darnach auch die gegenüberstehende Verpflichtung nur dem Grundstückseigenthümer aufzuerlegen, war angemessen. Wie gegenüber dieser Abmarkungsklage der Legitimationspunkt bei der Grenzbestimmungsklage im Falle einer Grenzverwirrung geregelt sei, besagen die Motive[148]) in folgenden Worten:

„Der Entwurf bezeichnet die Eigenthümer der Nachbargrundstücke als in Ansehung des Anspruchs auf Abmarkung aktiv und passiv legitimirt, während in dem folgenden Paragraphen (§ 852) die Legitimation nicht in gleicher Weise begrenzt, mithin eine jede Person, welcher ein Recht am Grundstücke zusteht, für legitimirt erachtet wird." Ob ich nun den eigentlichen Sinn der Motive nicht erkannt habe oder ob den Verfassern derselben an dieser Stelle oder bei den Bemerkungen zum § 852 ein Irrthum untergelaufen ist, wage ich nicht zu entscheiden; jedenfalls vermag ich nicht diese angebliche Bestimmung des Legitimationspunktes mit der Auffassung der Motive, daß es sich im § 852 um einen Spezialfall der Eigenthumsklage handle,[149]) und mit der von ihnen angenommenen Vermuthung des Eigenthums zu Gunsten des Besitzers[150]) in Einklang zu bringen.[151])

[148]) Bd. III S. 270.

[149]) Ebenda S. 270.

[150]) Ebenda S. 271.

[151]) Und zwar dies selbst nicht unter Berücksichtigung des im letzten Absatz der Bemerkungen zum § 852 auf S. 273 Gesagten.

Nach der hier vorgetragenen Ansicht über den Inhalt und die Bedeutung des Abs. 1 des § 851 bezw. 832 bezw. 903, wonach die Entwürfe, mag die Grenze streitig sein oder nicht, nur eine Klage auf Abmarkung geben, kann von einer verschiedenartigen Regelung des Legitimationspunktes keine Rede sein. Der Hauptzweck der Klage mag Abmarkung oder Auffindung der Grenze sein, — immer nur der Eigenthümer ist nach den Entwürfen aktiv und passiv legitimirt. Daß diese von dem römischen und gemeinen[152]) Recht abweichende Beschränkung dem praktischen Bedürfniß nicht entspricht, ist leicht zu erkennen, und man wird ihr auch jede innere Begründung absprechen müssen, wenn man bedenkt, daß der Anspruch auf Mitwirkung zur Grenzabmarkung nicht Ausfluß des Eigenthums ist, sondern nachbarrechtlichen Grundsätzen entstammt. Vom gesetzgeberischen Standpunkt aus wäre sogar zu erwägen, ob nicht ein Hinausgehen über die Vorschriften des gemeinen Rechts angemessen sei, und ob nicht in Ansehung des Anspruchs auf Abmarkung „jede Person, welcher ein Recht am Grundstücke zusteht" weit eher als legitimirt zu erachten sei als rücksichtlich des Anspruchs auf Grenzfeststellung.

§ 19.

Die Besonderheiten „im Falle einer Grenzverwirrung".

Wie schon erwähnt, sind in dem § 852 bezw. 833 bezw. 904 der Entwürfe besondere Vorschriften für den Fall einer Grenzverwirrung aufgestellt. Ein solcher liegt nach den Motiven[153]) vor, „wenn der Beweis des Rechts nicht direkt geführt werden kann, sondern die Betheiligten auf den Besitzstand sich berufen. Als Fall der Grenzverwirrung im engeren Sinn," heißt es weiter, „kann man dann noch den Fall unterscheiden, wenn der Beweis des Besitzstandes eine Grundstücksparzelle zweifelhaften Besitzstandes übrig läßt." Nur nebenbei mag bemerkt werden, daß auch in dieser Definition die Motive von dem Gesetz selbst abweichen, insofern das letztere — durchaus richtig — eine Grenzverwirrung auch ohne Berufung auf den Besitzstand kennt und aus den verschiedenen Fällen der Grenzverwirrung nur den besonderen Fall hervorhebt, daß die richtige Grenze sich nicht ermitteln läßt.

---

[152]) Vergl. über dasselbe Entsch. des OAG. Celle vom Jahre 1871 in Seuffert's Archiv XXVI, 14.

[153]) Bd. III S. 273.

Für solchen Fall nun soll als richtige Grenze diejenige Linie angesehen werden, welche dem Besitzstande entspricht, oder soll, wie der Entwurf zweiter Lesung korrekter sich ausdrückt, der Besitzstand für die Abgrenzung maßgebend sein, — eine auffallende Besonderheit allerdings für eine Eigenthumsklage, nicht aber für eine Grenzscheidungs- oder Grenzfeststellungsklage, für welche dieselbe Bestimmung bereits im cap. 3 X. de prob. 2, 19 enthalten ist.

Die Motive[154]) verbreiten sich darüber, weshalb der Entwurf nicht, wie die meisten modernen Gesetzgebungen, „den bisherigen ruhigen" Besitzstand, sondern den Besitzstand schlechthin, also den gegenwärtigen Besitzstand, maßgebend sein läßt. Es mag dahingestellt bleiben, ob nicht der Bestimmung der übrigen Gesetzbücher der Vorzug zu geben ist. Wenn aber, wie die Motive[155]) aussprechen, der possessorische Anspruch des Verdrängten gegen seinen Gegner auf Wiedereinräumung der Innehabung im Grenzermittelungsprozeß in Ansehung der Beweiserleichterung als Aequivalent des gegenwärtigen Besitzes zu gelten hat, so dürfte ein erheblicher Unterschied zwischen der Bestimmung des Entwurfs und derjenigen der andern Gesetzgebungen kaum bestehen.

Uebrigens ist die Bestimmung selbst und ihre Aufnahme in ein bürgerliches Gesetzbuch von höchst problematischem Werth; handelt es sich doch im Grunde um nichts anderes als um eine Beweisregel, um die „Beweiswirkung des Besitzes", deren Aufstellung nicht Sache eines Zivilrechtskodex ist und in Anbetracht des heute geltenden Prinzips der freien Beweiswürdigung überflüssig erscheint. Wo für die Grenzbehauptung der einen Partei nichts, für die des Gegners nur der Besitzstand ins Feld geführt werden kann, da wird auch ohne jene Vorschrift der Richter kein Bedenken tragen, dem Besitzstande entsprechend die Grenze festzustellen.

Es ist denkbar, daß auch ein Besitzstand nicht erwiesen werden kann. Für diesen Fall soll jedem Grundstück ein gleich großes Stück der streitigen Fläche zugetheilt und die so gefundene Linie als die richtige Grenze angesehen werden. Hier zeigt sich deutlich, daß die obige Beweisregel nicht nur überflüssig, sondern auch gefährlich ist. Daß die Theilung der streitigen Fläche eine Maßnahme ist, die — wenn überhaupt —

[154]) S. 271.
[155]) S. 272.

nur im alleräußersten Falle angewendet werden sollte, bedarf wohl keiner besonderen Ausführung. Nun ist es doch sehr wohl denkbar, daß, wenn ein Besitzstand nicht erwiesen wird, andere Thatsachen für die Ueberzeugung des Richters — allerdings nicht über das Eigenthum, sondern — über den Lauf der Grenze bestimmend sind, die jedoch gegenüber einem erwiesenen Besitzstande nicht ausschlaggebend gewesen wären. Dennoch darf hier der Richter nicht nach dem Beweisergebniß erkennen; da ein Besitzstand nicht erwiesen ist, muß er zur Theilung schreiten. Es liegt auf der Hand, daß schon aus diesem Grunde die Regel über die Beweiswirkung des Besitzes besser nicht aufgestellt worden wäre, so daß beispielsweise der § 852 des Entwurfs I lautete:

> Wird im Falle einer Grenzverwirrung die richtige Grenze nicht erwiesen, so ist als richtige Grenze diejenige Linie anzusehen, durch welche jedem der betheiligten Grundstücke ein gleich großes Stück des streitigen Flächenabschnittes zugetheilt wird.

Ein nur schwacher Versuch, die Gefährlichkeit und Unzulänglichkeit der aufgestellten Beweisregel zu mildern, ist offenbar der im Entwurf II aufgenommene Zusatz:

> Soweit eine diesen Vorschriften entsprechende Bestimmung der Grenze zu einem Ergebnisse führt, das mit den ermittelten Umständen, insbesondere mit der feststehenden Größe der Grundstücke nicht übereinstimmt, ist die Grenze so zu ziehen, wie es unter Berücksichtigung dieser Umstände der Billigkeit entspricht,

durch welchen die Bestimmung des ersten Absatzes halbwegs wieder zurückgenommen und eine bedauernswerthe Unklarheit in den § 833 des E. II und den gleichlautenden § 904 des E. III hineingetragen wird.

Besonders anfechtbar ist nun aber die Adjudikationsvorschrift selbst, die, vermeintlich dem römischen Grenzscheidungsrecht entstammend, in den neueren Gesetzgebungen[156]) Aufnahme gefunden hat und im Anschluß an diese auch von den drei Entwürfen rezipirt worden ist. Nur weicht die Bestimmung der letzteren von dem früheren Recht insofern ab, als unter Verwerfung des Prinzips der Kommunion die Theilung ohne Berücksichtigung des Werthes und der Bonität des streitigen Stückes lediglich nach dem Flächeninhalt erfolgt. Diese Regelung wird von

[156]) Vergl. A. Pr. LR. I, 17 § 379 und 381, 382.

einigen Schriftstellern[157]) gebilligt. So richtig auch die Ablehnung des Gemeinschaftsprinzips ist, so wenig zwingend ist doch die bloße Theilung nach dem Flächeninhalt. Gelangt der Richter zu einem »non liquet« und drängen praktische Gründe zu einer Theilung, so drängen Billigkeitsgründe zu einer gerechten Theilung unter Berücksichtigung von Werth und Bonität. Allerdings äußern die Motive[158]) — ein Standpunkt, der zur bloßen Flächentheilung führen muß —, „daß trotz des subjektiven Dunkels der Richter die richtige Grenze als bewiesen erklären kann und soll, wenn in Ansehung des zweifelhaft bleibenden Stückes eine solche Grenze behauptet ist, welche entsprechend der für beide Theile bestehenden gleichen Wahrscheinlichkeit jedem Theile ein gleich großes Stück zutheilt." Hiernach soll der Richter die Mittellinie als bewiesene Grenze erklären, also geradezu die Unwahrheit sprechen. Zum Glück muthet der Entwurf selber ihm derartiges nicht zu. Erklärt der Richter die Theilungslinie als die richtige Grenze, so erkennt er damit nicht, daß diese Linie bisher die Grenze bildete, er schafft vielmehr eine neue Grenze. Dafür daß diese Linie vielleicht zufällig die wahre Grenze sei, liegt ebensoviel und ebensowenig Wahrscheinlichkeit vor, wie für jede andere Linie. Nicht also „die für beide Theile bestehende gleiche Wahrscheinlichkeit" kann bei Schaffung der neuen Grenze maßgebend sein, sondern nur das allein der Gerechtigkeit entsprechende Prinzip der Theilung nach Werth und Güte

Der Richter schafft die Grenze im Falle des § 852 bezw. § 833 bezw. § 904, er adjudizirt also — im Sinne der herrschenden gemeinrechtlichen Auffassung der Adjudikation — jedem Nachbar ein Stück der streitigen Fläche. Sollte der Wortlaut des ersten Entwurfs darüber noch Zweifel übrig lassen, so drückt sich doch der Entwurf II und mit ihm gleichlautend der Entwurf III hinreichend bestimmt aus, wenn er vorschreibt: „Kann der Besitzstand nicht festgestellt werden, so ist jedem der Grundstücke ein gleich großes Stück der streitigen Fläche zuzutheilen." So sehr auch die Motive[159]) sich mit Recht gegen die Aufnahme konstitutiver Urtheile sträuben und nur die deklaratorische Funktion derselben anzuerkennen behaupten, — im vorliegenden Falle

[157]) Z. B. Opitz, Gutachten S. 16; dagegen jedoch Otto Gierke, Der Entwurf eines B. GB.'s S. 327.

[158]) S. 272.

[159]) Bd. II S. 883 f. und Bd. III S. 273.

ist die Annahme eines konstitutiven Urtheils unabweisbar, sowohl hinsichtlich der Schaffung der Grenze, wie hinsichtlich der damit Hand in Hand gehenden Zutheilung der Grundfläche. Daß damit die Grundsätze des heutigen Zivilprozeßrechts nicht im Einklang stehen, ist schon früher ausgeführt worden.

Die von den Entwürfen vorgeschlagene Lösung mag durch Anrufung des Richters der freiwilligen Gerichtsbarkeit angestrebt werden, ist aber nicht Sache des Prozeßrichters. Selbstverständlich wird zugegeben, daß eine Beseitigung des Zustandes der Rechtsungewißheit dringend geboten ist. Läßt sich aber die Rechtsgewißheit auf dem Prozeßwege nicht erreichen, weil die richtige Grenze nicht zu erweisen ist, so sollte die Verwaltungsbehörde zuständig erklärt werden, einzuschreiten und, falls die Betheiligten sich nicht gütlich einigen wollen, eine neue Grenze unter Berücksichtigung aller ermittelten Umstände zu schaffen. Dieser Eingriff der Verwaltungsbehörde in die Privatrechtsverhältnisse der Einzelnen rechtfertigt sich um so mehr, als das Vorhandensein einer Grenze zugleich im Interesse der öffentlichen Ordnung liegt, aber er ist andererseits bedingt durch ein voraufgegangenes Prozeßverfahren, in welchem die wahre Grenze nicht hat ermittelt werden können. Die Aufnahme einer diesbezüglichen Bestimmung und Elidirung der in den §§ 852 bezw. 833 bezw. 904 enthaltenen Vorschriften möchte ich für dringend empfehlenswerth halten.

§ 20.

Die Unverjährbarkeit des Abmarkungsanspruchs und der Eigenthumsklage.

Eine Bestimmung, die von um so größerem Interesse ist, als sie von dem bisherigen Recht der actio finium regundorum ganz abweicht, ist im § 853 des ersten und im § 837 des zweiten Entwurfs enthalten und aus diesem mit unwesentlicher redaktioneller Abweichung vom Bundesrath in den § 908 der Reichstagsvorlage aufgenommen:

> Die in den Vorschriften der §§ 851, 852 sich gründenden — bezw.: die sich aus den . . . §§ 832, 833 (resp. 903, 904) ergebenden — Ansprüche unterliegen nicht der Verjährung.

Erwähnt ist bereits oben, daß die Bestimmung der Entwürfe insofern inkorrekt ist, als sich aus dem § 852 bezw. § 833 bezw. § 904 ein „Anspruch" überhaupt nicht ergiebt — es sei denn etwa ein solcher

gegen den Richter. Die Aufnahme einer Vorschrift, nach welcher die nach den Entwürfen die Grenzfeststellungsklage ersetzende Eigenthumsklage oder die von den Motiven angenommene Grenzeigenthumsklage als „Spezialfall" der ordentlichen Eigenthumsklage der Verjährung nicht unterläge, wäre aber auch überflüssig gewesen, da nach § 847 des ersten bezw. nach § 817 des zweiten und § 887 des dritten Entwurfs[159a]) die in eingetragenen Rechten an einem Grundstücke — und die Entwürfe gehen davon aus, daß alle Grundstücke gebucht sind — sich gründenden Ansprüche, also auch die Eigenthumsklage,[160]) der Verjährung entzogen sind.

Der Ausschluß der Verjährung der Eigenthumsklage ist von außerordentlicher Bedeutung auch für die Klage aus § 851 bezw. 832 bezw. 903 für den Fall, daß die Grenzlage selbst streitig ist, insofern als für den Nachweis der Grenze keine Partei sich auf außerordentliche Ersitzung berufen kann. Ebenso wird später auch die Berufung auf die ordentliche Ersitzung unmöglich sein, nachdem die Entwürfe die Aufnahme einer die Ersitzung des Grundeigenthums überhaupt zulassenden Bestimmung abgelehnt haben.[161]) Auch bei der acto finium regundorum des römischen und gemeinen Rechts ist die Berufung auf jede Ersitzung ausgeschlossen; die Abweichung und der Fortschritt in dem Recht der Entwürfe liegt aber darin, daß nicht die Berufung auf Usukapion nur untersagt, sondern die Ersitzung des Grundeigenthums überhaupt beseitigt ist, wodurch die Unzuträglichkeiten, die sich nach dem früheren Recht aus dem Verbot der Berufung auf Ersitzung ergeben, vermieden werden.

Wie jeder persönliche Anspruch, so ist nach römischem und gemeinem Recht auch die actio finium regundorum der Verjährung, und zwar der dreißigjährigen, unterworfen. Demgegenüber ist in Anlehnung an das preußische Landrecht,[162]) nach welchem die Befugniß, auf Wiederherstellung verdunkelter oder ungewiß gewordener Grenzen anzutragen, durch keine Verjährung erlöschen kann, auch in den Entwürfen der persönliche Anspruch auf Mitwirkung zur Grenzabmarkung

[159a]) Vergl. § 902 des Schlußentwurfes.

[160]) Vergl. Motive Bd. III S. 253.

[161]) Vergl. Motive Bd. III S. 308; E. I §§ 868 ff. E. II §§ 838 ff., vergl. aber auch § 840 das., E. III §§ 909 ff.

[162]) ALR. I, 17 § 373.

der Verjährung entzogen. Zur Begründung dieser mit dem früheren Recht völlig brechenden Vorschrift führen die Motive aus,[163]) daß Ansprüche aus absoluten Rechten mindestens dann als unverjährbar zu behandeln seien, „wenn sie auf die Herstellung eines dem Inhalte des Rechts entsprechenden Zustandes gerichtet sind und die Herstellung dieses Zustandes nicht blos durch das Interesse des Anspruchsberechtigten, sondern durch ein öffentliches Interesse verlangt wird", wie solches auch bei den familienrechtlichen Ansprüchen (§ 154 Abs. 2 des E. I, § 161 des E. II und § 189 des E. III) der Fall sei.

Mit der schon oben bekämpften Auffassung, daß der Anspruch auf Grenzabmarkung ein Ausfluß des Eigenthums am Grundstücke sei, fällt die Begründung der Unverjährbarkeit. Verfehlt ist aber auch die Bezugnahme auf das öffentliche Interesse und der Vergleich mit den familienrechtlichen Ansprüchen. Die öffentliche Ordnung hat ein Interesse an dem Vorhandensein einer sichtbaren Grenze, nicht aber daran, daß beide Nachbarn bei der Grenzaufrichtung zusammenwirken. An der Theilnahme des Nachbars besteht ein Interesse nur für den Grundstücksbesitzer wegen der Kosten der Abmarkung, und weil durch die gemeinschaftliche Aufrichtung die Grenze streitlos gestellt wird. Die Herstellung des dem Inhalte des Rechts entsprechenden Zustandes kann im übrigen sehr wohl durch einen der Betheiligten allein erfolgen, und gerade deshalb ist die vergleichende Heranziehung der auf einem familienrechtlichen Verhältnisse beruhenden Ansprüche, bei denen zur Herstellung des dem Verhältnisse entsprechenden Zustandes das Zusammenwirken der Betheiligten begriffserforderlich ist, völlig unangebracht.

Es ist in der That kein Grund ersichtlich, den Anspruch auf Mitwirkung zur Grenzabmarkung von der ordentlichen Verjährung der §§ 154, 155 (E. I) bezw. §§ 161, 162 (E. II) bezw. 189, 190 (E. III) auszunehmen. Wer dreißig Jahre hindurch, von der Nativität der Klage an gerechnet, die Abmarkungspflicht des Nachbars nicht in Anspruch genommen, mag Last und Kosten der erst später von ihm beliebten Abmarkung selbst übernehmen. Eine Verewigung des Zustandes der Rechtsungewißheit bei Streit über den Grenzlauf ist trotzdem nicht zu befürchten, vorausgesetzt, daß, wie aus andern Gründen dringend geboten erscheint, die — unverjährbare — Klage auf Grenz**feststellung**, wie das gemeine Recht sie hat, in dem bürgerlichen Gesetzbuche Aufnahme findet.

[163]) Bd. III S. 273.

Carl Heymanns Verlag, Berlin W.
Rechts- und Staatswissenschaftlicher Verlag.

Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Dem Reichstage vorgelegt
in der vierten Session der neunten Legislaturperiode.

—◇ **Fünfte unveränderte Auflage.** ◇—

Preis M. 3,20, geb. M. 4,20, bei postfreier Zusendung je M. 0,30 mehr.

Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs

nebst drei Anlagen.

Dem Reichstage vorgelegt
in der vierten Session der neunten Legislaturperiode.

—◇ **Fünfte unveränderte Auflage.** ◇—

Preis M. 3, geb. M. 3,60, bei postfreier Zusendung je M. 0,30 mehr.

Entwurf eines Einführungsgesetzes

zum

Bürgerlichen Gesetzbuch

nebst den

Materialien zu dem dritten Abschnitt des Entwurfs.

Dem Reichstage vorgelegt
in der vierten Session der neunten Legislaturperiode.

—◇ **Fünfte unveränderte Auflage.** ◇—

Preis M. 1,20, geb. M. 1,60, bei postfreier Zusendung je M. 0,10 mehr.

Bericht der Reichstags-Kommission

über den Entwurf eines

Bürgerlichen Gesetzbuchs und Einführungsgesetzes

nebst einer

Zusammenstellung der Kommissionsbeschlüsse.

Berichterstatter:
Abgeordnete Dr. Enneccerus, Dr. von Buchka, Dr. Bachem, Schroeder.

Preis M. 4, bei postfreier Zusendung M. 4,30.

Carl Heymanns Verlag, Berlin W.
Rechts- und Staatswissenschaftlicher Verlag.

Das Bürgerliche Gesetzbuch
nebst dem Einführungsgesetze
für das Deutsche Reich.
Text-Ausgabe mit Sachregister.
Sechste Auflage. — 21. bis 24. Tausend.

Preis M. 3, gebunden M. 3,60, bei postfreier Zusendung je M. 0,80 mehr.

Die Ausgabe ist in großer Schrift auf holzfreiem Papier gedruckt und vortrefflich ausgestattet. Wesentlich erhöht wird ihre Brauchbarkeit außerdem durch das **sehr sorgfältig bearbeitete ausführliche alphabetische Sachregister.**

Die zweite Lesung
des
Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs
für das Deutsche Reich
unter Gegenüberstellung der ersten Lesung.

Im Auftrage des Vorstandes des Deutschen Anwaltvereins dargestellt und aus den Protokollen der zweiten Lesung erläutert
von
Justizrath **Dr. Recke**,
Rechtsanwalt zu Gießen, Mitglied des Vereinsvorstandes.

Zwei Bände.

Preis M. 23, geb. M. 26, bei postfreier Zusendung je M. 0,50 mehr.

Die zweite Lesung
des
Entwurfs eines Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch
unter Gegenüberstellung der ersten Lesung.

Im Auftrage des Vorstandes des Deutschen Anwaltvereins dargestellt und aus den Protokollen der zweiten Lesung erläutert
von
Justizrath **Dr. Recke**,
Rechtsanwalt zu Gießen, Mitglied des Vereinsvorstandes.

Preis M. 3, geb. M. 4, bei postfreier Zusendung je M. 0,20 mehr.

Gedruckt bei Julius Sittenfeld in Berlin W.